Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen gemäß § 120 BGB.

Unter Berücksichtigung
des österreichischen und schweizerischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Ewald Brinkmann

Gerichtsreferendar aus Hohenheide b. Fröndenberg (Ruhr)

Marburg 1933

Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 14. November 1932.

Berichterstatter.

Geheimer Justizrat Dr. Alfred Manigk,
ordentlicher Professor der Rechte an der Universität Marburg.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0037

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung 1

B. Die Regelung unrichtiger Übermittlung von Willenserklärungen vor 1900.

I. Römisches Recht.

1. Der nuntius im römischen Recht entspricht dem Boten im heutigen Recht 2
2. Der procurator 2
3. Unterschied zwischen nuntius und procurator . 4
4. Allgemeine Haftungsgrundsätze und die Folgen der unrichtigen Übermittlung durch den nuntius 4

II. Gemeines Recht.

1. Fortbildung des Boten- und Stellvertreterbegriffs 6
2. Theorien über die rechtliche Stellung des Boten und des Stellvertreters sowie ihr Verhältnis zueinander.
   a) Allgemeines 7
   b) Selbsthandelns- oder Geschäftsherrntheorie (Savigny).
   Gleichstellung von Bote und Stellvertreter . 7
   c) Repräsentationstheorie (Buchka).
   Begriffliche Unterscheidung zwischen Bote und Stellvertreter 8
   d) Vermittelnde Theorie (Mitteis) 9
   e) Die herrschende Theorie 10
3. Die Haftung für die unrichtige Übermittlung.
   a) Allgemeines 10
   b) Bote gleich Anstalt 10
   c) Das Urteil des Landgerichts Köln vom 29. 7. 1856 11
   d) Beurteilung des Urteils in der Literatur . . 12
   e) Haftung des Absenders 13
   f) Haftung des Boten 16
   g) Haftung der Anstalt und der Beamten . . 17

III. Partikularrecht 18

C. Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen nach BGB.

I. Die Willenserklärung (WE.).

1. Die Stellung der WE. im System der juristischen Tatsachen und ihr Verhältnis zum Rechtsgeschäft (RG.) 19
2) Die Willenserklärung im allgemeinen . . . 21
3) Der Erklärungswert.
a) Allgemeines 24
b) Der Erklärungswert richtet sich nicht nach der Auffassung des Erklärenden, des Empfängers oder nach objektiven Gesichtspunkten allein 24
c) Maßgebend sind objektive Gesichtspunkte, doch sind auch subjektive Momente sowie Vereinbarungen, Verkehrssitte und sonstige Umstände zu berücksichtigen 25
d) Stillschweigende Willenserklärungen (Unterlassen) 26
e) Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen (Konkludentes Verhalten) . . 26
f) Die Verwahrung (Protestation, Reservation) 28
g) Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen 29
h) Vollendung und Wirksamkeit der Willenserklärungen 30
4) Der Handlungswille 33
5) Der Kundgebungswille (Erklärungswille) . . 34
6) Der Geschäftswille (Wirkungs- und Rechtsfolgewille) 36
7) Der Ausgleich zwischen der Willens- und Erklärungstheorie (Vereinigungs-, Aussöhnungstheorie) 39
8) Zurechnung der Willenserklärung.
a) Wille und Erklärung stimmen überein . . . 40
b) Durch die Auslegung wird die Übereinstimmung von Wille und Erklärung festgestellt . 40
c) Wille und Erklärung stimmen nicht überein, die Erklärung ist anfechtbar 43
d) Der Schein der Willenserklärung 45

II. Die theoretische Konstruktion der unrichtigen Übermittlung 46

III. Das Anwendungsgebiet der Übermittlung von Willenserklärungen 48

IV. Die Unrichtigkeit der Übermittlung 51

1) Die objektive Unrichtigkeit 52

2) Die subjektive Unrichtigkeit (Bewußte Entstellung) 52

3) Die Zurechnung der unrichtig übermittelten Erklärung 53

4) Anwendungsfälle von § 120 BGB. 59

V. Bote und Anstalt 61

1) Der Absendungsbote.

a) Begriff und Abgrenzung 62

b) Die Botenermächtigung und Botenmacht (Außenverhältnis) 62

c) Der Botenauftrag (Innenverhältnis) . . . 63

d) Die Wahlbefugnis 63

e) Die Geschäftsfähigkeit 64

f) Die Anwendung des § 120 BGB., wenn der Bote als Vertreter auftritt und umgekehrt . 66

2) Der Empfangsbote (EB.).

a) Die Rechtsstellung des Empfangsboten . . 67

b) Die Zurechnung des Empfangsboten und seiner Tätigkeit.

aa) Die Abgrenzung des Personenkreises . 68

bb) Der Zeitpunkt der Wirksamkeit von Erklärungen an Empfangsboten . . . 69

cc) Die Zurechnung der unrichtigen Übermittlung 75

c) Die Anwendung des § 120 BGB. auf den Empfangsboten 78

3) Die Anstalt 83

VI. Die Anfechtung und deren Folgen 83

VII. Die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen des BGB.

1) Die Haftung des Erklärenden 86

2) Die Haftung der Übermittlungsperson . . . 86

3) Die Haftung der Anstalt.

a) Die Haftung der Reichspost 87

b) Die Haftung der Beamten 88

D. Rechtsvergleichung.

I. Das österreichische Recht.

1) Die gesetzliche Grundlage 89
2) Die unrichtige Übermittlung nach § 871 ABGB.
a) Die Willenserklärung 91
b) Die theoretische Konstruktion der unrichtigen Übermittlung 91
c) Die Übermittlungsorgane 92
d) Die Zurechnung der unrichtig übermittelten Erklärung 93
3) Die Voraussetzungen und Folgen der Anfechtung 93
4) Sonstige Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen des Mittlers 96
5) Die Haftung der öffentlichen Anstalten und ihrer Beamten 96

II. Das schweizerische Recht.

1) Die gesetzliche Grundlage 98
2) Die unrichtige Übermittlung nach Artikel 27 Obligationenrecht (OR.).
a) Der Antrag und die Annahme als Willenserklärungen beim Vertragsabschluß . . . 99
b) Die Übermittlung durch „Boten oder auf andere Weise“ 100
c) Die Zurechnung der unrichtigen Übermittlung 102
3) Die Folgen der unrichtigen Übermittlung . . 102
4) Die Haftung der Anstalten und Beamten . . . 106

LITERATURVERZEICHNIS.

A. Deutsches Recht.

Aßmann, Ernst: Die Rechtstellung des Boten, Diss. Jena 1906.

Bang, F.: Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung, Jher. Jahrb. Bd. 66, 1916, S. 309 ff.

Bähr, Otto: Über Irrungen beim Kontrahieren durch Mittelspersonen, Jher. Jahrb. Bd. 6, 1863, S. 286 ff.

Becker, Otto: Zur Lehre von den Willensmängeln, Diss. Erlangen 1909.

Bekker, E. I.: Über die Haftpflicht des Mandanten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen, Jahrg. d. gem. deutschen Rechts, Bd. 4, 1860.

Binder, Julius: Wille und Willenserklärung im Tatbestande, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. Bd. 5, 1911/12, S. 266 ff., 414 ff., 566 ff.
desgleichen Bd. 6, 1912/13, S. 96 ff., 282 ff., 451 ff.

Breit, James: Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte, Grundlegung, Leipzig 1903.

Buchka, Hermann: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock und Schwerin 1852.

Busch, F. B.: Noch ein Beitrag zum Telegraphenrechte, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 45, 1862, S. 1 ff.

Cohn, Ernst: Der Empfangsbote, Breslau 1927.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Auflage, Jena 1922.

Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Auflage, Jena 1906.

Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. 2, 2. Auflage, Halle a. S. 1880.

— Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 3. Auflage, Halle a. S. 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. 4, 3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, (zit.: Düringer).

Ehrenberg, Victor: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Abt. 2, Leipzig 1918, Bd. 5, Abt. 2, Leipzig 1915.

Ehrlich, E.: Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Eltzbacher, Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Bd. 1, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903.

Ernst, Walter: Theorien über die Folgen des Irrtums bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch Mittelspersonen, Diss. Breslau 1878.

Dolinski, Alexander: Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschließung von obligatorischen Verträgen nach österreichischem und gemeinem Recht, 1. Teil, Lemberg 1893.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 13. Auflage, Marburg 1931.

Falkmann, Erich: Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Erlangen 1908.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, München 1932.

Fischer-Staedler: Telegraphen- und Fernsprechrecht, 7. Auflage, Berlin und Leipzig 1930.

Fleck, Ernst: Der Bote (nuntius), Arch. f. BR. Bd. 15, 1898, S. 337 ff.

Fränkel, Gerhard: Die unrichtige Erklärungsübermittlung auf telegraphischem Wege, Diss. Breslau 1908.

Franke, Hermann: Die unrichtige Übermittlung von Boten-Erklärungen (§ 120 bis 122), Diss. Heidelberg 1908.

Fritze: Die stillschweigende Willenserklärung im BGB., Arch. f. BR. Bd. 14, 1898, S. 181 ff.

Fromm, Ernst: Der Bote. Insbesondere: Versuch einer scharfen Abgrenzung des Botenbegriffs von dem des Stellvertreters, Diss. Erlangen 1908.

Fuchs: Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 43, 1860.

Gebhardt, M.: Römisches Recht, 2. Auflage, Hannover 1912.

Handwörterbuch des Postwesens, Berlin 1927.

Hartmann, G.: Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 72, 1888, S. 161 ff.

— Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jher. Jahrb. Bd. 20, 1882, S. 1 ff.

Hauser: Vertrags-Antrag, Annahme und Vertragsschluß, Zeitschr. f. d. ges. HR., Bd. 12, 1868, S. 34 ff.

Hellmann, Friedrich: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.

— Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, Jher. Jahrb. Bd. 42, 1901, S. 413 ff.

Hellwig, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, Leipzig 1907.

Henle, Rudolf: Vorstellungs- und Willenstheorie, Leipzig 1910.

Hepner, Heinrich: Der Bote ohne Ermächtigung. Eine Parallele zum Vertreter ohne Vertretungsmacht, Diss. Erlangen 1908.

Himmelschein, J.: Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.

Hölder, Eduard: Kom. z. Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, München 1900.

— Zur Theorie der Willenserklärung (Sonderabdruck aus der Festgabe für Degenkolb), Leipzig 1905.

— Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärungen, Jher. Jahrb. Bd. 55, 1909, S. 413 ff.

Hupka, Josef: Die Vollmacht, Leipzig 1900.

— Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.

Isay, Hermann: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, Jena 1899.

Jacobi, Ernst: Die Theorie der Willenserklärungen, München 1910.

Jacobsohn, Adolf: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, Jher. Jahrb. Bd. 56, 1910.

Jhering, Rudolf: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jher. Jahrb. Bd. 1, 1887, S. 273 ff.

— Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jher. Jahrb. Bd. 2, 1858, S. 67 ff.

— Culpa in contrahendo, Jher. Jahrb. Bd. 4, 1861, S. 1 ff.

Josef, Eugen: Die unrichtige Übermittlung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson, Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrgang, München 1905.

Jung, Erich: Bürgerliches Recht, in: Das gesamte Deutsche Recht, herausgegeben von R. Stammler, Bd. 1, Berlin 1931.

Jüngling, Kurt: Zur Lehre vom Boten und vom Stellvertreter, Diss. Greifswald 1906.

Karlowa, Otto: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.

Kern, Gerhard: Die Haftung für den Boten im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Breslau 1930.

Klein, Peter: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München 1912.

Kolping, Otto: Bote, Stellvertreter ein Vergleich, Diss. Erlangen 1912.

Köppen, Albert: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jher. Jahrb. Bd. 11, 1871, S. 139 ff.

Kunstmann, Adolf: Das „Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach § 130, 131 BGB. Diss. Erlangen 1906.

Larenz, Karl: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Berlin, Leipzig, 1928.

Leonhard, Rudolf: Der Allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.
— Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Bd. 1 u. 2, 2. Auflage, Breslau 1907.
Löwenwarter, Viktor: Wegweiser durch das BGB., 13.—15. Auflage, Berlin 1932.
Maier, Adolf: Der Bote, Diss. Göttingen 1897.
Manigk, Alfred: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.
— Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtssprechung. Beiträge zur Lehre vom Konsens und Dissens, Jher. Jahrb. Bd. 75, 1925, S. 127 ff.
— Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907. (zit.: WE. u. WG.).
— Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Berlin 1918, (zit.: I. u. A.).
— Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, Beiträge zum Wirtschaftsrecht = Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Ernst Heymann, Nr. 62 Bd. II, S. 590 ff., Marburg 1931.
Marsson, Richard: Die Natur der Vertragsofferte, Diss. Greifswald 1879.
Materialien zum BGB.: Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., Bd. 1, Berlin 1899.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs zum BGB. Bd. 1. Berlin 1897.
Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 6. u. 7. Auflage, Berlin 1914.
Mitteis, Ludwig: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, Wien 1885.
Mittermaier: Über die rechtliche Bedeutung telegraphischer Mitteilungen und die Anwendung der Grundsätze vom Urkundenbeweise auf dieselben in Rechtsstreitigkeiten, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 42, 1859, S. 278 ff.
— Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschungen, mit besonderer Rücksicht auf die Schrift von Serafini, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 46, 1863, S. 1 ff. und Bd. 47, 1864, S. 214 ff.
Mommsen, Friedrich: Erörterungen aus dem Obligationenrecht 2. Heft, Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Braunschweig 1879.
Oertmann, Paul: Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerl. Recht, Leipzig 1914. (zit.: RO. u. VS.).
— Kom. z. BGB. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.
Pernice: Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 25, 1880, S. 77 ff.
v. Pestalozza, Anton: Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB., Diss. Würzburg 1904.
Pininski, Leo: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht, Bd. 2, Leipzig 1888.
Planck: Kom. z. BGB., Bd. 1, 4. Auflage, Berlin 1913.
Plettenberg, Ernst: Vertreter und Bote bei Empfangnahme von Willenserklärungen, Diss. Erlangen 1916.
Rebitzki, Arno: Ungewollte Willenserklärungen, Diss. Königsberg 1911.
Reyscher: Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphierung in Zeitschr. f. deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. 19, Tübingen 1859, S. 271 ff.
Desgleichen „Urteil des Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1856, die Haftpflicht bei telegraphischen Briefen betreffend, mit Anmerkungen," a. a. O. S. 456 ff.

RGR-Kom.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, Bd. 1, 6. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
Riezler, Erwin: Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Rümelin, Max: Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.
v. Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1851 und Bd. 2, 1853, Berlin.
Schiller, Theodor: Die unrichtige Übermittlung von telegraphischen Erklärungen. Diss. Rostock 1902.
Schliemann: Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluß obligatorischer Verträge, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 16, 1871, S. 1 ff.
Schloßmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, I. Teil 1900, II. Teil 1902, Leipzig.
— Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel 1907.
Schmalfuß, Ernst: Die unrichtige Übermittlung nach § 120 BGB., Diss. Erlangen 1911.
Schneider, K.: Die Bedeutung der ausdrücklichen WE. und ihr Gegensatz zur Willensbestätigung, Arch. f. BR. Bd. 42, 1916, S. 273 ff.
Schwarz, Andreas: Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. Bd. 16, 1922/23, S. 551 ff.
Serafini, Philipp: Der Telegraph, Wien 1865.
Sintenis, Carl Friedrich: Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. 2, Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Leipzig 1868.
Sommer, Willi: Die Rechtsstellung des Boten, Diss. Heidelberg 1909.
Sörgel: Kom. z. BGB. Bd. 1, 5. Auflage, Stuttgart 1931.
Sperber, Alwin: Fragen zur Botenlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Jena 1908.
Staub: Kom. zum Handelsgesetzbuch Bd. 1, 12. u. 13. Auflage, 1926.
Staudinger: Kom. z. BGB. Bd. 1, 9. Auflage, München, Berlin, Leipzig, 1925.
Titze, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
Voßwinkel, A.: Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten, Arch. f. BR. Bd. 32, 1908, S. 386 ff.
Wedemeyer, Werner: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, Göttingen 1904.
Warneyer: Kom. z. BGB. Bd. 1, 2. Auflage, Tübingen 1930.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 u. 2, 8. Auflage, Frankfurt-Main 1900.
Zitelmann, Ernst: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
— Das Recht des BGB.: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

B. Oesterreichisches Recht.

Altmann, Jacob, Weiser: Das österreichische allgemeine bürgerliche Recht, 3. Auflage, Wien 1926.
Ehrenzweig, Armin: Der Irrtum im Beweggrunde: Übersicht der Meinungen, Grünhut's Zeitschr. Bd. 35, Wien 1908, S. 613 ff.
— System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II. Bd. 1. Hälfte, Wien 1920.
Schey, Josef: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 21. Auflage, Wien 1926.
v. Stubenrauch, Moritz: Kom. z. österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 8. Auflage, Bd. 1, Wien 1902, Bd. 2, Wien 1903.
Unger, Joseph: Über die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen, Grünhut's Zeitschr. Bd. 15, Wien 1888, S. 673 ff.

Wlassak, M.: Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 53. Jahrgang, Wien 1902.

Wolff, Karl: Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechtes, Wien/Leipzig 1923.

C. Schweizerisches Recht.

Baur, Max: Der Vertragsabschluß mittels des Telephons unter Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (V. Teil: Obligationenrecht), Diss. Bern 1912.

Fick, Fritz: Das schweizerische Obligationenrecht, erste Auflage, zugleich vierte Auflage des einbändigen Kommentars von A. Schneider und H. Fick, Zürich 1915.

Funk, jun. Fritz: Handkommentar des Obligationenrechtes (1928?, ohne Jahresangabe).

Gaudy, Walther: Die rechtliche Behandlung der Simulation nach OR. Art. 18, Diss. Zürich 1927.

Goldschmid, Eduard: Bevollmächtigung und gewillkürte Stellvertretung mit Berücksichtigung des Schweizerischen Obligationenrechtes, Diss. Zürich 1898.

Gysin, Arnold: Zur Theorie des Rechtsgeschäfts, Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, 65. Jahrgang, Bern 1929, S. 97 ff.

Henrici, Ernst: Über den Irrtum beim Vertragsabschluß im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1914.

v. Heß, Conradin: Die Voraussetzungen der direkten Vertretungswirkung im Entwurfe des schweiz. Zivilgesetzbuchs, Bern 1906.

Jacobsohn, Walter: Die Stellung von Literatur und Praxis zur Anfechtung wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 BGB. (mit vergleichender Darstellung des schweiz. Rechts), Diss. Göttingen 1923 (Maschinenschrift).

Kron, Myron: Wille und Vertrauensschutz beim Vertragsabschluß. Nach französischem und schweizerischem Recht mit einem Nachtrag über den franz.-ital. Entwurf für ein gemeinsames Obligationenrecht v. J. 1928, Diss. Zürich 1928.

Marcusen, Woldemar: Das negative Vertragsinteresse im schweizer. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins Bd. 26, Bern 1890, S. 121 ff.

Meili, Friedrich: Das Telegraphen-Recht, Zürich 1871.

Oser, Hugo: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929.

Rabel, Ernst: Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, Zeitschr. f. Schweizerisches Recht Bd. 49, neue Folge: Bd. 27; Basel 1908, S. 291 ff.

Rappold, Niklaus: Der Irrtum über die Grundlage eines Vertrages im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1927.

Rennefahrt, Hermann: Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1919.

Rittmeyer, Ludwig: Der Irrtum in der Äußerung. Ein Beitrag zur Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft, Diss. Zürich 1923.

Schneller, Ludwig: Das Veranlassungsprinzip im Schweizerischen Zivilrecht, Diss. Zürich 1904.

Schütz, Albert: Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1918.

v. Tuhr, Andreas: Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 63, neue Folge: Bd. 41, Basel 1922, S. 259 ff.

— Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, Tübingen 1924.

Wiederkehr, Armin: Die Rechtsstellung der schweiz. Telegraphen- und Telephonanstalt. Ein Beitrag zur Lehre der öffentlich-rechtlichen Anstalt, Diss. Zürich 1924.

Abkürzungen.

E. (En.) = Erklärung(en).
EB. = Empfangsbote.
EW. = Erklärungswille.
G. = Geschäft.
RG. = Rechtsgeschäft.
RH. (RHn.) = Rechtshandlung(en).
W. = Wille.
WG. = Willensgeschäft.

ABGB. = Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.
ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
OR. = Das Schweizerische Obligationenrecht.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ZGB. = Das Schweizerische Zivilgesetzbuch.

A. Einleitung.

Die Arbeit behandelt den § 120 BGB.: „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung."

Die zur Übermittlung verwendete Person ist in der Hauptsache der „Bote". Es ist die einzige Bestimmung, die das BGB. über den Boten enthält. Infolgedessen ist es gerechtfertigt, vom Begriff des Boten im römischen Recht auszugehen und seine Entwicklung im gemeinen sowie im heutigen Recht zu verfolgen. Dabei läßt es sich nicht vermeiden, zur Abgrenzung des Anwendungsgebietes auf den Begriff des Stellvertreters einzugehen.

Im gemeinen Recht wurde nach der Erfindung des Telegraphen die Frage akut, wer den durch Telegrammverstümmelungen entstandenen Schaden zu tragen habe, der Absender oder der Empfänger des Telegramms. Die zur Entscheidung stehenden Fälle und die sich an die Begründung der Urteile anschließende Literatur haben die Aufnahme des § 120 in das BGB. veranlaßt.

Gegenstand der Übermittlung ist nach § 120 eine „Willenserklärung". Da der Begriff der Willenserklärung keineswegs feststeht, ist es notwendig, auf die Lehre von der Willenserklärung einzugehen. Nur auf diesem Wege ist es möglich, die in § 120 enthaltenen Probleme einer befriedigenden Lösung entgegenzuführen.

Zum Vergleich und zur Stützung der gefundenen Ergebnisse im deutschen Recht soll das österreichische und schweizerische Recht behandelt werden, soweit es im Rahmen der Arbeit möglich ist.

B. Die Regelung unrichtiger Übermittlung von Willenserklärungen vor 1900.

I. Römisches Recht.

1. Der nuntius im römischen Recht entspricht dem Boten im heutigen Recht.

Das Wort nuntius ist im corpus iuris an zahlreichen Stellen zu finden [1]). Dabei wird regelmäßig der nuntius den literis, der epistolae gleichgestellt, so z. B. in D. 2. 14. 2 pr. (de pactis): Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistolam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Aus dieser Gleichstellung folgt, daß der nuntius ebenso wie der Bote im heutigen Rechte ein willenloses Werkzeug war, was durch die wiederholte Ausdrucksweise bestätigt wird, daß der nuntius „velut organum et pica domini" sei.

Ferner traten die rechtlichen Folgen der Mitwirkung des nuntius unmittelbar in der Person des dominus ein, sodaß eine Cession der Rechte, wie bei der mittelbaren Stellvertretung, nicht erforderlich war. Das folgt aus D 23. 1. 18 (de sponsalibus), wo der Abschluß eines Verlöbnisses durch nuntius zugelassen ist; denn nach dem Wesen dieses Vertrages können die Wirkungen nur in der Person der Vertragsschließenden selbst eintreten.

Das Ergebnis ist, daß wir in dem nuntius des römischen Rechts den Boten im BGB. vor uns haben.

2. Der procurator.

Bei der Stellvertretung im römischen Recht ist zu unterscheiden:

1) Stellvertretung durch Freie,

1) Näheres S. Schloßmann Bd. 1, S. 315 Anm. 1.

2) Vertretung durch Unfreie, nämlich durch Sklaven und Hauskinder [2]).

Ursprünglich war dem römischen Recht der Gedanke der Stellvertretung völlig fremd [3]). Nach dem allgemeinen Rechtssatz: „Per liberam personam nihil nobis adquiri potest", war es ausgeschlossen, daß jemand mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen Verträge schließen konnte. Ein nicht persönlich vorgenommenes Rechtsgeschäft (RG.) war in frühester Zeit sowohl für den Vertretenen wie für den Vertreter nichtig. Zu Ausnahmen und zur schließlichen Aufhebung dieses Grundsatzes gelangte man auf dem Umwege über das prätorische Recht. Neben dem Vertreter wurde auch der Vertretene verpflichtet, sofern er die Ermächtigung zum Handeln gegeben hatte [4]).

Die Hauskinder und Sklaven waren weder Boten noch Stellvertreter, da der Erwerb für den dominus ohne Rücksicht auf den Willen (W.) der Untergebenen eintrat. Auch erlangte der pater familias Rechte aus den Handlungen des filius, ohne daß er hiervon Kenntnis hatte [5]). Dagegen hafteten für die Schulden aus den Geschäften nur die Untergebenen. Der dominus haftete selbst dann nicht, wenn der Untergebene auf seinen ausdrücklichen Befehl gehandelt hatte [6]). Die natürliche Folge war, daß niemand mehr mit diesen Personen kontrahieren wollte und der Kredit zum Erliegen kam. Mit Hilfe des Prätors trat eine Änderung ein [7]). Der Gläubiger konnte sowohl gegen den Untergebenen als auch gegen den Gewaltinhaber Klage erheben. Diese Neubildung hatte ihre Grundlage bald in dem ausdrücklich oder konkludent erklärten W. des Gewaltinhabers, bald in Rücksichten der aequitas und utilitas, D. 14. 5. 1 [8]).

Die Zulässigkeit der Stellvertretung findet in den Quellen ihre Bestätigung. Dort ist die epistola (literae) und der nuntius dem „alius entgegengesetzt, z. B. in D. 23. 1. 18 (de sponsalibus) [9]). Der Ansicht von Hellmann [10]), Mitteis [11]),

---

2) Gebhardt § 106, S. 227.
3) Kolping S. 2; Windscheid Bd. I § 73, S. 297, Bd. II § 313, S. 261.
4) So haftete der Unternehmer mit der actio exercitoria u. actio institoria, Gebhardt S. 230.
5) Vgl. Hupka S. 2.
6) Ernst S. 22.
7) Vgl. Gebhardt § 106 Ziff. 4, S. 227.
8) Gebhardt a. a. O. S. 228.
9) Mitteis S. 132 ff. mit weiteren Quellenstellen.
10) S. 54.
11) S. 132 ff.

Maier [12]) und Aßmann [13]), daß der alius ein Stellvertreter sei, tritt Schloßmann [14]), dem Rosenberg [15]) folgt, entgegen. Letztere sehen in dem alius lediglich einen nuntius, der nur mit Rücksicht auf seine soziale Stellung nicht als solcher bezeichnet wurde. Ihre Beweisführung ist nicht überzeugend.

3. Unterschied zwischen nuntius und procurator.

Aus der verhältnismäßig geringen Bedeutung, die diese Personen wegen der Hauskinder und Sklaven im Verkehrsleben hatten, erklärt es sich, daß lediglich einzelne Fälle aufgeführt sind, in denen die Hilfspersonen Verwendung fanden, ohne daß eine Definition gegeben wurde. Aus der häufigen Gleichstellung des nuntius mit der epistolae, den literis — „vel per epistolam vel per nuntium" — können wir jedoch folgern, daß der nuntius lediglich willenloses Hilfsmittel war, während der procurator selbst wollend mitwirkte [16]).

4. Allgemeine Haftungsgrundsätze und die Folgen der unrichtigen Übermittlung durch den nuntius.

Bezüglich der unrichtigen Übermittlung von Willenserklärungen (WEn.) und deren Folgen, insbesondere über die Frage, wer den dadurch entstandenen Schaden zu tragen hatte, finden wir in den Quellen keine gesetzliche Regelung [17]). Die wesentliche Voraussetzung für die Haftung bildete der widerrechtliche W., die culpa des Handelnden. Es wurde zwischen culpa lata und levis unterschieden. Bei Delikten haftete man stets für culpa levis, bei Verträgen nur, wenn es besonders vereinbart war, oder wenn man neben der Verpflichtung aus dem Vertrage auch einen Vorteil daraus hatte [18]). Für dolus haftete man dagegen stets. Zu erwähnen ist die Haftung nach der lex Aquilia, bei der es sich um die Haftung

12) S. 6.
13) S. 6.
14) Bd. I S. 318 ff. (322).
15) § 5, S. 188.
16) Ebenso Aßmann S. 6 u. 8, Falkmann S. 12; vgl. auch Mitteis S. 128, Maier S. 5 (1 15 D, de pecunia constituta, 13, 5).
17) Vgl. Schiller S. 29.
18) Gebhardt § 112, S. 241.

für die Verletzung bestimmter Rechtsgüter handelte, ähnlich wie in § 823 BGB., nicht aber um die Beschädigung des Vermögens als solchen, worunter der durch unrichtige Übermittlung entstandene Schaden fällt.

Eine vertragliche Haftung setzte eine entsprechende Vereinbarung voraus. Im Falle der unrichtigen Übermittlung ist aber überhaupt kein Vertrag zustande gekommen, weil der Bote das ihm Aufgetragene nicht erklärte, das Erklärte aber dem W. des dominus nicht entsprach [19]). Jhering will den dominus bei culpa in contrahendo haften lassen [20]) und sucht seine Ansicht durch Quellenstellen [21]) zu begründen. Das Bestreben Jherings, für das gemeine Recht eine Haftung des dominus zu konstruieren, war berechtigt; für das römische Recht aber bestand eine solche Haftung nicht; denn bei der Behandlung der Haftungsfälle ergab sich, daß die Haftung für den Boten nicht darunter fällt. Eine Erweiterung der Haftpflicht ist bei der abschließenden Regelung und der Strenge im römischen Recht nicht angängig [22]).

Die Haftung des n u n t i u s war ebenfalls nicht geregelt, ebensowenig der Fall wenn der nuntius als procurator auftrat oder umgekehrt [23]). Das Fehlen von gesetzlichen Bestimmungen hat seinen Grund in dem auf dem Verschuldensprinzip aufgebauten Haftungssystem. Infolgedessen läßt sich nicht mit Aßmann [24]) die Ansicht von Hupka [25]) bezüglich der Stellvertretung auf den nuntius analog anwenden.

Eine Haftung des nuntius dagegen bestand beim Vorliegen eines Mandats (D. 17. 1. 5 Mandati). Er haftete, wenn er dolos den Auftrag unrichtig ausrichtete [26]). Dem dritten gegenüber haftete er aus dem Vertrage nicht, da ihm der W., für sich abzuschließen, fehlte. Die Folge der unrichtigen Bestellung war, daß überhaupt kein Vertrag zustande kam, weder nach dem Mandat, noch nach dem Ausgerichteten. Das ganze RG. war von vorherein nichtig. Eine Anfechtung wie nach heutigem Rechte gab es nicht.

Die Beförderung von WEn. durch besondere Anstalten gab es in Rom noch nicht. Zwar bestand schon im römischen

19) Windscheid Bd. II § 309, S. 247.
20) Jahrb. Bd. 4 S. 85.
21) a. a. O. Anm. 88.
22) Ernst S. 20.
23) Aßmann S. 10.
24) S. 11.
25) Haftung des Vertreters S. 19 ff.
26) Jher. Jahrb. Bd. 1 S. 281.

Kaiserreiche eine Post, der sog. cursus publicus, doch diente sie nur amtlichen Zwecken. Privatpersonen war die Benutzung nicht gestattet [27]).

II. Gemeines Recht.

1. Fortbildung des Boten- und Stellvertreterbegriffs.

Die Glossatoren stehen der Ausdehnung der Stellvertretungsmöglichkeiten ablehnend gegenüber [28]). Azo hebt den Gegensatz von procurator und nuntius hervor: letzterer ist bloßes Instrument des dominus [29]). Baldus de Ubaldis, einer der letzten Vertreter der Postglossatoren, weist ebenfalls auf den Unterschied hin, indem er den Vergleich des nuntius mit der abgerichteten Elster näher erläutert und dadurch die Willenlosigkeit des nuntius in Gegensatz zum procurator stellt [30]).

Auch im älteren germanischen Recht war die unmittelbare Stellvertretung ursprünglich unbekannt. Ersatz hierfür bildete zum Teil der Salmann als Treuhänder [31]). Seit dem 17. Jahrhundert war aber die direkte Stellvertretung in Deutschland grundsätzlich anerkannt und das gegenteilige römische Prinzip durch Gewohnheitsrecht ganz beseitigt.

Gleichzeitig mit der Durchbildung der direkten Stellvertretung im gemeinen Recht gewann der Bote infolge des zunehmenden Verkehrs an Bedeutung. Die Folge davon war, daß die Wissenschaft sich eingehend mit der Vertretung i. w. S. beschäftigte und das Verhältnis des Boten zum Stellvertreter einer scharfen Kritik unterzog.

---

27) Marsson S. 10 u. H. Stephan, Das Verkehrsleben im Altertum, in Raumers hist. Taschenbuch 4. Folge, 9. Jahrgang 1868 S. 88 ff.

28) Näheres Buchka S. 121 ff.

29) Buchka S. 123.

30) Buchka S. 135, Falkmann S. 15 ff. mit weiterer Literatur.

31) Vgl. Lehmann § 36 I. a. a. O. S. 266.

2. Theorien über die rechtliche Stellung des Boten und des Stellvertreters sowie ihr Verhältnis zueinander.

a) Die Einteilung von Maier [32]), der vom Innenverhältnis ausgeht und 3 Gruppen unterscheidet, ist nicht zu billigen, da sie unklar wirkt und die einzelnen Meinungen nicht deutlich genug hervortreten läßt. Auch kann das Innenverhältnis nicht als das entscheidende Moment der Einteilung zugrunde gelegt werden. Demgegenüber verdient die allgemein übliche Einteilung Anerkennung, die es darauf abstellt, ob der Bote zu demselben genus „Vertreter" gehört oder ob er einen besonderen Begriff bildet. Eine dritte Gruppe ist hinzuzufügen für diejenigen, welche zwar an einem Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter festhalten, aber immerhin den Boten als eine Unterart des Stellvertreters betrachten.

b) Die erste Gruppe, die keinen Unterschied zwischen den Boten und Stellvertreter dem genus nach anerkennt, wird Selbsthandelns- [33]) oder Geschäftsherrntheorie genannt, weil der Vertreter lediglich Organ des Vertretenen ist und dieser selbst d u r c h den Vertreter handelt, mithin als Geschäftsherr der rechtlich maßgebende Teil ist.

Ihr Hauptvertreter ist Savigny [34]). Er geht davon aus, daß Verträge unter Abwesenden sowohl durch einen Brief als auch durch einen Boten, gleich einem lebendigen Briefe, geschlossen werden können. Der Bote könne zwar wie der Brief ein bewußtloses und willenloses Werkzeug sein, so wenn er bei Verträgen das Ja-Wort überbringe, doch sei kein Grund vorhanden, bei dem beschränkten Fall stehen zu bleiben.

Savigny geht zutreffend von dem Begriff des Boten als eines willenlosen Werkzeugs aus, untersucht aber nicht, woran der Bote beim Abschluß des Vertrages als solcher zu erkennen ist. Anstatt zunächst die Grenze zwischen Boten und Stellvertreter genau festzulegen und hiernach bei zweifelhaften Fällen festzustellen, ob es sich um die Übermittlung einer fremden oder um die Bildung einer eigenen WE. handelt, verkennt er in Zweifelsfällen die Grenzlinie und leugnet schließlich jeden Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter.

Weitere Vertreter der Selbsthandelnstheorie sind Hellmann, Schloßmann und Rosenberg [35]), die darin übereinstim-

32) S. 11.
33) Fleck S. 340.
34) Näheres Obl.R. Bd. 2 S. 56 ff.
35) Weitere Angaben bei Aßmann S. 28, Falkmann S. 17.

men, daß sie einen begrifflichen Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter leugnen, während sie im einzelnen voneinander abweichen. So will Hellmann [36]) den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter dem Namen nach aufrecht erhalten. Schloßmann [37]) hält auf Grund seiner geschichtlichen Untersuchung die Unterscheidung für das römische Recht [38]) für unberechtigt. Für das heutige Recht bestehe kein Unterschied, da es für die Wirkung des Geschäfts völlig gleichgültig sei, ob ein Bote oder Stellvertreter mitgewirkt habe [39]). Rosenberg schließt sich eng an Schoßmann an [40]).

c) Unter der Repräsentationstheorie versteht man diejenige Lehre, die den Stellvertreter als den juristisch allein Handelnden bezeichnet, während der Bote nur ein willenloses Werkzeug zur Übermittlung einer WE. ist. Den Schwerpunkt legen die Vertreter der Repräsentationstheorie auf das äußere Auftreten der Mittelsperson, nicht darauf, was sie im Verhältnis zum Geschäftsherrn ist. Dementsprechend sagt der Begründer der Repräsentationstheorie, Buchka, in seinem grundlegenden Werke [41]): „Der Procurator unterscheidet sich vom Nuntius dadurch, daß er nicht bloß als Organ fremden Willens auftritt, sondern selbst die juristische Handlung des Vertragsabschlusses vollzieht."

Zu den Vertretern der Repräsentationstheorie ist auch Jhering [42]) zu rechnen. Der ganze Begriff der Stellvertretung beruht nach ihm auf der Unterscheidung zwischen juristischen und faktischen Elementen des Rechtsgeschäfts; denn der Stellvertreter unterscheidet sich vom Gehilfen eben dadurch, daß seine Mitwirkung am Rechtsgeschäft juristischer Natur ist [43]). Gegen diese Theorie wird eingewandt, daß es unmöglich sei, eine Grenze zwischen den faktischen und juristischen Elementen eines Rechtsgeschäfts zu ziehen [44]). Ebenso wie Laband ist auch Rosenberg [45]) der Ansicht, daß eine Sonderung der juristischen und faktischen Elemente unmöglich sei, doch hängt diese Stellungnahme mit der Gleichstellung von Bote

36) S. 19.
37) Schloßmann Bd. 1 S. 304 ff.
38) a. a. O. S. 317.
39) a. a. O. S. 312.
40) S. 190, 229.
41) Die Lehre von der Stellvertretung, S. 206.
42) Jher. Jahrb. Bd. 1 S. 273 ff.
43) a. a. O. S. 277.
44) Vgl. Laband, D. Stellv. von RG. nach dem Allg. Dtsch. HGB. in der Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 10 (1866) S. 191 ff.
45) S. 195

und Stellvertreter durch Rosenberg zusammen. Gegen Laband hält Sommer [46]) die Theorie Jherings aufrecht.

d) Eine vermittelnde Stellung zwischen der Selbsthandelns- und der Repräsentationstheorie nimmt Mitteis ein. Er rechnet den Boten einerseits zum genus „Vertreter", spricht ihm dabei aber gleichzeitig jeglichen Geschäftswillen ab und will ihn andererseits durch den Erklärungswillen an dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts mitwirken lassen. Er sagt [47]): „Uns erscheint der Bote nur als eine besondere species des allgemeineren genus „Vertreter in Rechtsgeschäften". Bei ihr ist der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts auf Null reduziert und diese Willenlosigkeit macht sich auch äußerlich beim Abschluß des Rechtsgeschäfts kenntlich. Der Bote erscheint als das scharf zu markierende Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmender Bedeutung. Deswegen liegt er aber noch nicht außerhalb der Reihe. Generisch bleibt der Bote Stellvertreter."

Indem Mitteis den Boten zum genus „Vertreter" rechnet, versteht er darunter eine Person, die bei dem Rechtsgeschäft willensbildend tätig ist. Er neigt damit zur Selbsthandelnstheorie Savignys. Dadurch, daß er andererseits den Boten als einen Vertreter bezeichnet, bei dem der Wille auf Null reduziert ist und die Willenlosigkeit sich auch äußerlich kenntlich macht, nimmt er ihm gerade die typischen Kennzeichen eines Vertreters und stempelt ihn damit zu einem Boten im Sinne der Repräsentationstheorie. Entweder ist die Mittelsperson Bote oder Stellvertreter, tertium non datur. Man kann hiernach Mitteis weder zu der einen noch zu der anderen der beiden Haupttheorien rechnen, sondern muß ihm eine vermittelnde Stellung zuweisen [48]).

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt ebenfalls Schliemann [49]) ein. Aus seiner nicht leicht verständlichen Theorie ist hervorzuheben, daß er zwischen dem Briefträger und dem Boten, dem eine mündliche Erklärung übertragen ist, unterscheidet. Dieser Spruchbote hat selbst die Erklärung zu beschaffen, dagegen überbringt der Briefträger die vom Man-

---

46) S. 9.

47) S. 131.

48) Im übrigen vgl. zu der Theorie von Mitteis: Dolinski S. 91, Aßmann S. 40, Falkmann S. 17, Fleck S. 340, Fromm S. 24, Kolping S. 8, Lehmann § 364, S. 269, Sommer S. 5.

49) Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 1 ff.

danten beschaffte Erklärung [50]). Der Spruchbote bedarf im Gegensatz zum Briefträger der Willensfähigkeit im natürlichen Sinne. Rechtlich erklärt der Vertretene selbst seinen Willen [51]).

e) Gegen die Theorie von Savigny hat sich berechtigter Widerspruch erhoben. Die Schwäche der Lehre besteht darin, daß sie nur das Innenverhältnis berücksichtigt und das Außenverhältnis, das Auftreten der Mittelsperson, völlig unbeachtet läßt.

Ebenso hat sich die vermittelnde Theorie von Mitteis nicht durchsetzen können. Sie berücksichtigt zwar das äußere Auftreten, doch ist die Durchführung der Lehre unklar und widerspruchsvoll. Vor allem ist eine Verteilung des Willens auf den Geschäftsherrn und den Boten unmöglich. Die Lehre ist daher ebenfalls abzulehnen.

Dagegen hat die Repräsentationstheorie, die wie im römischen Recht den Boten in begrifflichen Gegensatz zum Stellvertreter setzt, auch im gemeinen Recht zahlreiche Anhänger gefunden, sodaß sie als die herrschende bezeichnet werden kann [52]).

3. Die Haftung für die unrichtige Übermittlung.

a) Mit der Erfindung des Telegraphen bot sich eine neue Möglichkeit, Willenserklärungen an einen Abwesenden zu übermitteln. Zugleich entstand die Frage, wer bei Entstellung den Schaden zu tragen hatte, der dem Empfänger im Vertrauen auf die Richtigkeit des Telegramms entstanden war. Da im römischen Recht die Haftung grundsätzlich ein Verschulden voraussetzte, so konnte dem Absender der Schaden nur dann auferlegt werden, wenn in der Benutzung des Telegraphen ein Verschulden zu erblicken war.

b) Der zunächst von Busch [53]) und später von Koch [54]) aufgestellte Vergleich des Telegraphen mit dem Boten wurde von Mittermaier [55]) abgelehnt [56]). Zwischen dem Telegraphenbeamten und dem Boten sei ein großer Unterschied. Der Ab-

---

50) S. 5.

51) Zur Theorie von Schliemann vgl.: Falkmann S. 18, Fleck S. 342 ff., Fromm S. 60 ff., Sommer S. 11 ff.

52) Vgl. Dolinski S. 83 ff., Mitteis S. 97 ff., Buchka S. 206, Falkmann S. 19 ff., Fleck S. 338 ff., Fromm S. 27 ff., Hellmann S. 5 ff., Kolping S. 10.

53) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 45 S. 6 u. 11.

54) Deutsches Eisenbahnrecht Abt. II S. 351 Anm. 3, Marburg 1861.

55) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 46 S. 26.

56) Ebenso Serafini S. 56 u. Reyscher, Zeitschr. f. dtsch. R. Bd. 19 S. 293.

sender sei imstande, den Boten mündlich zu instruieren, und der Empfänger könne durch Befragung des Boten etwaige Zweifel beheben. Beim Briefboten erhalte der Empfänger den Originalbrief des Absenders; bei der Beförderung durch Telegraphen dagegen werde dem Empfänger nur der angebliche Wille des Absenders mitgeteilt. Gegenüber Bähr [57]): „Dem Boten entspricht auf das Vollkommenste der Dienst des Telegraphen", führt Mittermaier [58]) weiter aus, ein ungeheurer Unterschied bestehe zwischen dem Boten, den der Besteller beliebig auswähle, und dem Telegraphenbeamten, der seiner Auswahl entzogen sei. Für den Vergleich zwischen Bote und Telegraph sind noch Köppen [59]), Mommsen [60]) und Schiller [61]).

In der äußeren Art der Übermittlung besteht zwar ein Unterschied. Der Bote begibt sich vom Absender zum Empfänger, beim Telegraphen wird die Erklärung auf technischem Wege an den Bestimmungsort befördert. Aber der Unterschied ist nur ein äußerlicher. Sowohl der Bote als auch der Telegraph bewirken, daß eine vom Absender abgegebene Erklärung zur Kenntnis des Empfängers gelangt. Die rechtliche Stellung des Telegraphenbeamten bzw. der Telegraphenverwaltung ist dieselbe wie die des Boten. Aus dieser Gleichstellung folgt, daß die Haftung für Telegrammverstümmelungen die gleiche ist wie für die unrichtige Übermittlung durch Boten.

c) Die Haftung bei Telegrammverstümmelungen wurde akut in dem Urteil des LG. Köln v. 29. Juli 1856, dem folgender Tatbestand zugrunde lag: Am 17. Januar 1856 gab das Bankhaus Oppenheim in Köln dem Hause Weiller in Frankfurt den telegraphischen [62]) Auftrag zum Ankauf von Aktien. Der Telegraphenbeamte verwechselte das Wort „kaufen" mit „verkaufen". Aus dieser Entstellung erwuchs ein Schaden von 40 000 Talern. In dem entstehenden Rechtsstreit entschied das LG. Köln zugunsten des Klägers und verurteilte den Absender des Telegramms, das Bankhaus Oppenheim, zur Tragung des Schadens.

Das Urteil verursachte eine umfangreiche Literatur, die insofern für unsere Aufgabe von Bedeutung ist, als sie bei der Abfassung des BGB. Veranlassung gab, den § 120 ins Gesetz aufzunehmen. Aus dem Grunde ist es geboten, auf das ent-

57) Jher. Jahrb. Bd. 6 S. 203.
58) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 47 S. 216.
59) Jher. Jahrb. Bd. 11 S. 386.
60) S. 215 Anm. 2.
61) S. 28.
62) Wortlaut des Tel. in Zeitschr. f. Dtsch. R. Bd. 19 S. 456.

standene Schrifttum näher einzugehen und die Ansichten der einzelnen Schriftsteller chronologisch zu betrachten, um dann die Entwicklung der Streitfragen verfolgen zu können und daraus die Richtlinien für die weitere Lösung der im § 120 entgegentretenden Streitfragen zu finden.

Das Kölner Urteil verneint eine Haftung aus Vertrag, da ein Kommissionsvertrag wegen fehlenden Konsenses nicht zustande gekommen sei. Es prüft sodann, ob ein „Verschulden" des beklagten Bankhauses vorliege, und führt hierzu aus: Die Telegraphie bilde noch ein mehr oder weniger ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel. Infolgedessen habe derjenige, welcher sich dieses unsicheren Mittels bediene und die Vorsichtsmaßregeln, welche zur Vergewisserung der richtigen Übermittlung vorhanden seien, unterlasse, sich die Folgen von Irrungen selbst zuzuschreiben und müsse den dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Dem klagenden Bankhaus könne kein Vorwurf eigenen Verschuldens gemacht werden.

Wenn das Gericht in der Benutzung des Telegraphen ein Verschulden erblickt, so ist zu berücksichtigen, daß die Entscheidung nur auf einer gesetzlichen Bestimmung aufgebaut werden konnte und, da die Haftung nach dem damals geltenden Rechte ein Verschulden voraussetzte, dem Gericht nur übrig blieb, ein Verschulden des Absenders zu konstruieren, wenn es die Klage nicht abweisen wollte.

d) Bei der Kritik des Kölner Urteils sind 2 Hauptrichtungen zu unterscheiden, einmal diejenige, welche sich eng an das Gesetz hielt und daher eine Haftung des Absenders nicht anerkennen konnte, sodann diejenige, welche zwar der Entscheidung, nicht aber der Begründung zustimmte, und daher das Urteil anders zu begründen suchte [63]).

---

63) Reyscher (Zeitschr. f. dtsch. R. Bd. 19 (1859) S. 471): Richtig ist die Entsch. insoweit, als wegen fehlender Übereinstimmung des Willens kein Kommissionsvertrag geschlossen ist. Dagegen liegt kein Verschulden in der Benutzung des Telegraphen. In 2 Fällen hat der Absender dem Empfänger den Schaden zu ersetzen (S. 295):

1) wenn er die Gefahr übernommen hat,

2) wenn er den Schaden verschuldet hat.

Fuchs (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 43, 1860, S. 99 ff.): Mit Recht verwirft Reyscher den Entscheidungsgrund, daß der Absender die Folgen des von ihm gewählten unsicheren Verkehrsmittels als verschuldet zu tragen habe. Der Telegraph ist ein übliches Verkehrsmittel geworden und diese Eigenschaft schließt für dessen Anwendung den Begriff der culpa aus. Wenn keinen der Kontrahenten ein Verschulden trifft, dann hat der Absender die Gefahr zu tragen, nicht weil er sie verschuldet, sondern weil er sie in seinem eigenen Interesse veranlaßt hat. Hierfür spricht das natürliche Rechtsgefühl.

Bekker (Jahrb. des gem. dtsch. R. Bd. 4, 1860, S. 169 ff.): Vom Standpunkte des gemeinen Rechts muß man sich gegen die Entsch. des LG. Köln und

e) Reyscher und Fuchs erblicken in der Benutzung des Telegraphen kein Verschulden, lassen den Absender aber haften, weil er durch die Art des Auftrages die Gefahr übernommen bzw. durch die Wahl des Korrespondenzmittels die Gefahr veranlaßt habe. Bekker kann vom Standpunkte des gemeinen Rechts keine gesetzliche Grundlage für die Haftung finden, doch will er durch seine Mandats-Theorie die Haftung des Absenders begründen. Er unterscheidet den Mandatsver-

---

die Ansicht von Reyscher erklären, weil hierfür die gesetzliche Grundlage fehlt. Aber zwischen Absender und Empfänger ist ein Mandatsvertrag geschlossen. Das Tel. enthielt Vertragsangebot und zugleich Ausführungsanweisung. Das Vertragsangebot hat der Empfänger angenommen; durch die Annahmeerklärung ist der Vertrag zustande gekommen. Der Absender haftet aus dem Mandat.

Jhering (Jher. Jahrb. Bd. 4, 1860, S. 83 ff., 106 ff.): Weder Bote noch Telegraph gewähren die absolute Gewißheit der richtigen Übermittelung der Erklärung. Wer sich solcher Mitteilungsmittel bedient, ist für deren Zuverlässigkeit verantwortlich. Die Verurteilung des Absenders ist durchaus gerechtfertigt. (a. a. O. S. 84, Anm. 67) Wenn Fuchs sagt: „Der Absender „veranlaßt die Gefahr", so kann man auch sagen: Er hat sie „verschuldet". (a. a. O. S. 111). Im eigenen Interesse entscheidet er sich für das unsichere Mittel und gefährdet damit den anderen Kontrahenten, das ist culpa!

Busch (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 45, 1862, S. 10 ff.): Nach den gesetzlichen Bestimmungen wird der Absender nicht verpflichtet und haftet daher nicht für einen dadurch entstandenen Schaden, anders im Falle besonderer Vereinbarung. Wer das Telegramm ausführt, erkennt es als zuverlässig an und genehmigt stillschweigend desen Wahl. Daher liegt in der Benutzung des Telegraphen keine culpa, ohne culpa ist aber eine Haftung nicht denkbar (a. a. O. S. 26).

Mittermaier (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 46, 1863, S. 1 ff.): Ein Vertrag ist ist nicht zustande gekommen (a. a. O. S. 32). Der Empfänger hat kein Klagerecht gegen den Absender. In der Benutzung des Telegraphen liegt kein Verschulden. Ausnahmsweise haftet der Absender, wenn er die Gefahr ausdrücklich übernommen hat, oder wenn er durch sein Verschulden, unleserliche Schrift, den Irrtum veranlaßt hat.

Serafini (Der Telegraph, Wien 1865, Mittermaier berücksichtigt im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 46 S. 1 ff. (1863) eine ältere Schrift von Serafini): Wegen mangelnder Übereinstimmung der Willen ist kein Vertrag zustande gekommen (S. 36, 47). Die Mandats-Theorie ist abzulehnen, da überhaupt kein Vertrag geschlossen. In der Benutzung des Telegraphen liegt kein Verschulden (S. 51). Es wäre jedem Gerechtigkeits- und Billigkeitsgrundsatze zuwider, wenn man den Schaden dem Aufgeber zur Last legen wollte. In der Unterlassung der Collationierung ist kein Verschulden zu erblicken, zumindest wäre dem Empfänger derselbe Vorwurf zu machen. Der Nachteil ist nicht durch Nachlässigkeit des Absenders entstanden (S. 52 ff.). Der Absender haftet bei vereinbarter Gefahrübernahme und bei schuldhafter Verursachung, durch schlechte Schrift (S. 57).

Bähr (Jher. Jahrb. Bd. 6, 1863, S. 303 ff.): Dem Boten entspricht der Telegraphist. Er trägt das ihm Aufgetragene mechanisch weiter. Daher fällt die Haftung dem Absender zu, welcher sich des Telegraphen bediente.

Sintenis (Das Prakt. Gem. Ziv. R. Bd. II, 1868, § 96, Anm. 13, S. 249): Mit Fuchs (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 43 S. 95 ff.) ist anzunehmen, daß das Ankunftstelegramm maßgebend ist, weil es der Ausdruck des vom Absender gewählten Organs ist. Ob man darin ein „Verschulden" sehen will, kann als unerheblich dahingestellt bleiben, gemeint ist damit schwerlich etwas anderes als die „Veranlassung".

trag und die Ausführungsanweisung und sieht in dem Telegramm Vertragsofferte und Anweisung vereinigt. Durch Ausführung der Anweisung soll der Mandatsvertrag zustande kommen und der Mandant aus dem Vertrage haften. Gegen die Teilung wird der Einwand erhoben, daß der Inhalt des Mandats als wesentlicher Bestandteil fehle und daß wegen Nichtübereinstimmung des Willens der ganze Vertrag nichtig sei.

Jhering ist der Hauptvertreter der deutsch-rechtlichen Richtung. Er billigt das Urteil in vollem Umfange, nicht weil er in der Benutzung des Telegraphen ein Verschulden im eigentlichen Sinne sieht, sondern weil er auf diesem Wege

---

Hauser (Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 12, 1868, S. 61 ff.): Es entsteht kein Vertrag. Für die Haftfrage kommt es zunächst darauf an, ob dem einen oder anderen Teil ein Verschulden zuzurechnen ist. Liegt auf keiner Seite ein Verschulden vor, dann entscheiden die Rechtsgrundsätze über die Tragung des Zufalls. (Vgl. S. 63, Anm. 49).

Köppen (Jher. Jahrb. Bd. 11, 1871, S. 386 ff.): Der Offerent, der sich zur Beförderung seiner Offerte eines Boten bedient, will, daß dessen Erklärung als seine eigene angesehen werden soll, und muß das notwendig wollen, weil er sonst vom Oblaten die Ausführung des Vertrages nicht erwarten kann. Deshalb haftet er auf das negative Interesse, wenn der Bote eine falsche Erklärung abgegeben hat. Dasselbe Verhältnis tritt bei telegraphischer Beförderung ein. Für die unrichtige Übermittelung seiner Erklärung muß der Absender schlechthin einstehen; dem Empfänger läßt sich die Gefahr nicht aufbürden. Selbst die wissentlich falsche Erklärung der Mittelsperson befreit den Absender nicht. Die heutige Doktrin vermag diesen Entschädigungsanspruch nicht zu begründen.

Mommsen (Obl. R. Heft 2, 1879, S. 125 ff.): Bei der telegraphischen Übermittelung gelten dieselben Regeln wie beim Boten. Eine Haftung des Absenders kann nicht angenommen werden, wenn der Bote die Bestellung wissentlich falsch ausrichtet.

Pernice (Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 25, 1880, S. 122 ff.): Es ist nach der herrschenden Meinung ein Vertragsschluß nicht anzuerkennen. Viele wollen auch nicht einmal eine Entschädigungspflicht des Konstituenten zugeben. Die Anschauung aber, daß er wenigstens das negative Vertragsinteresse zu leisten habe, gewinnt in der Praxis immer mehr Boden. Die Theorie sträubt sich offenbar, weil sie keine rechte Formulierung für den neuen Satz zu finden weiß. Der Empfänger ist befugt, bis zum Widerruf die ihm zugegangene Erklärung so zu behandeln, als sei es die des Absenders. Zu dieser Auffassung kann man aber nur durch eine Verselbständigung der Erklärung gegenüber dem Willen gelangen. Die Erklärung besteht, bis sicher ist, daß ihr der Wille nicht entspricht.

Pininski (Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gem. R. Bd. II, 1888): Nach unserer Ansicht ist nicht ein Augenblick daran zu zweifeln, daß das Kölner Haus den Schaden zu tragen habe. Diese Entscheidung gebietet unbedingt unser Rechtsgefühl.

Unger (Grünhut's Zeitschr. Bd. 15, 1888, S. 684): So verschieden auch die Rechtfertigungsversuche sind, so legen sie doch insgesamt Zeugnis dafür ab, daß es eine entschiedene und unabweisbare Forderung unseres Rechtsbewußtseins ist, daß der Erklärende für seine Erklärung unbedingt einstehe. Dieses Rechtsbewußtsein wurzelt in einem ethischen Grunde. Wer handelt, hat auf eigene Gefahr zu handeln, nicht auf die Gefahr des anderen. Es ist eines sittlichen Menschen unwürdig, die nachteiligen Folgen einer Handlung auf den Unschuldigen zu überwälzen.

unter Beibehaltung des Verschuldens dem Namen nach dem Veranlassungsprinzip zum Siege verhelfen will. Darauf hat er seine Theorie der „Culpa in contrahendo" aufgebaut [64]).

Abgelehnt wird die Haftung des Absenders sodann von Busch, Mittermaier und Serafini. Ersterer verneint ein Verschulden und damit die Haftung. Mittermaier stimmt mit Serafini vollkommen überein. Serafini unterscheidet sich nicht nur in seinen Ausführungen, sondern in seiner Grundeinstellung von allen übrigen. Der Grund der Sonderstellung von Serafini ist darin zu finden, daß er als Italiener und als Lehrer des römischen Rechts in Pavia dem Einfluß des deutsch-rechtlichen Veranlassungsprinzips entzogen war. Gegen die Haftung des Absenders sind sodann Hauser und Mommsen. Bei Hauser zeigt sich bereits die Annäherung an den deutsch-rechtlichen Haftungsgrundsatz. Die übrigen Schriftsteller, Bähr, Sintenis, Köppen, Pernice, Pininski und Unger sind für eine Haftung des Absenders. Das von Jhering wenigstens äußerlich hingestellte Schuldmoment erblaßt immer mehr und wird schließlich ganz fallen gelassen. Pernice bringt einen neuen Gesichtspunkt für die Haftungsfrage. Er verselbständigt die Erklärung gegenüber dem Willen, läßt also die äußere Erklärung solange wirksam sein, bis der nicht damit übereinstimmende Wille durch Widerruf geltend gemacht wird.

Ein ähnlicher Sachverhalt wie im Kölner Urteil lag der Entsch. des RGZ. in Bd. 28, S. 16 ff. v. 29. 6. 91 zu grunde. In der dem Empfänger ausgehändigten Ausfertigung war die zu verkaufende Summe mit 20 000 anstatt mit 2 000 angegeben. Beide Vorinstanzen verurteilten den Absender. Die Revision wurde verworfen. Die Entscheidungsgründe verdienen besondere Beachtung, weil sie zu der Entwicklung der Haftungsfrage eingehend Stellung nehmen. Das Berufungsgericht stand noch auf dem alten Standpunkte. Es nahm eine außerkontraktliche Haftung des Absenders an, weil er das Telegramm ohne Vergleichung aufgegeben und sich eines unzuverlässigen Mittels bedient habe. Das Reichsgericht lehnt diese Begründung ab. Es erörtert die einzelnen Lösungsversuche und stellt als Ergebnis fest, daß die Haftung des Absenders ein unabwendbares Bedürfnis des Verkehrs und demgemäß ein unbedingtes Erfordernis des Rechts sei. Die gesetzliche Grundlage für die Haftung findet das Reichsgericht in Art. 278/9 a. HGB. [65]).

---

64) Vgl. Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 7.

65) S. das Erk. des OAG. zu Berlin v. 20. 10. 73 (Seuf. Arch. Bd. 30 No. 116): Bei einem tel. Angebot von Kartoffeln „200 Zentner" zu „29 Sgr." enthielt das zugestellte Tel. „21" statt „29". Die Klage des Verkäufers auf Nachzahlung des Unterschiedes wurde in allen Instanzen zurückgewiesen.

Hiernach ist im Ergebnis festzustellen, daß die Praxis in ständiger Rechtssprechung dem Absender des Telegramms den durch unrichtige Übermittlung entstandenen Schaden aufgebürdet hat[66]); ferner daß die Theorie, verschieden in der Begründung, in der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller die Entscheidungen der Gerichte billigte und daß die Entwicklung vom römisch-rechtlichen Verschuldensprinzip zum deutsch-rechtlichen Veranlassungsprinzip dahin ging, den Absender haften zu lassen.

f) Der Absender kann mit der actio mandati die Erstattung des durch die culpa des Boten erlittenen Schadens von diesem verlangen. Der Empfänger hat gegen den Boten unmittelbar keinen Anspruch, da vertragliche Beziehungen fehlen. Es besteht nur die Möglichkeit, daß er sich den Anspruch des Absenders abtreten läßt. Die Abtretung setzt aber einen Anspruch voraus. Hat der Absender selbst keinen Schaden erlitten, so ist ein Anspruch gegen den Boten nicht entstanden. Infolgedessen ist eine Abtretung an den Empfänger nicht möglich[67]).

Wenn der Bote die Bestellung wissentlich falsch ausgerichtet hat, dann kann der Empfänger ihn unmittelbar mit der actio doli belangen. Mommsen[68]) läßt den Boten bei vorsätzlicher unrichtiger Übermittlung auch aus dem Vertrage haften. Dadurch, daß er bewußt den Auftrag überschreite, stelle er sich auf einen anderen Boden und müsse sich gefallen lassen, daß er als Mitkontrahent behandelt werde. Busch[69]) will den Boten als Kontrahenten sogar haften lassen, wenn er fahrlässiger Weise die Botschaft nicht richtig überbringt. Diese Ansicht geht zu weit. Man wird den fahrlässig handelnden Boten unter keinen Umständen als Mitkontrahenten betrachten können. Das wäre unvereinbar mit dem Gedanken, daß der Absender, der mit der unrichtigen Übermittlung des Boten als eines unvollkommenen Werkzeuges rechnen mußte, nicht haftet, während der Bote auch bei Fahrlässigkeit als Vertragspartei haften würde. Wer zwischen Boten und Stellvertreter keinen begrifflichen Unterschied anerkennt, kann den vorsätzlich über seinen Auftrag hinausgehenden Boten als Mitkontrahenten betrachten. Für denjenigen aber, der den Boten begrifflich vom Stellvertreter unterscheidet, ist der Bote auch

66) Vgl. Mittermaier S. 219 ff. (weitere Beispiele aus der Praxis, sowie auch aus der französischen und nordamerikanischen Rechtsprechung).
67) So Mommsen S. 130, vgl. auch S. 129.
68) S. 126
69) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 45, S. 19.

bei wissentlich falscher Übermittlung Bote. Der Empfänger kann nur mit der actio doli gegen ihn vorgehen.

g) Die Rechtslehre spricht sich überwiegend für die Haftung der Telegraphenverwaltung aus [70]). Danach hat der Absender, wenn er den Schaden zu tragen hat, die Regreßklage gegen die Telegraphenverwaltung [71]). Reyscher [72]) will dem Empfänger die unmittelbare Klage gegen die Telegraphenverwaltung geben, weil sich durch die Übergabe des Telegramms an den Adressaten und dessen Empfangnahme das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Verwaltung erweitere und wie der Empfänger das Eigentum am Telegramm erlange, so müsse er auch berechtigt sein, wegen eines Mangels am Telegramm eine Schadensklage ohne Abtretung des Anspruchs durch den Absender erheben zu können. Hiergegen wendet Fuchs [73]) ein, der Empfänger würde die Klage nur als actio utilis aus der Person des Absenders und nur, soweit sie diesem zustehe, erheben können.

Sämtliche Telegraphenverwaltungen haben von Anfang an die Haftung für Telegrammverstümmelungen durch Verordnungen ausgeschlossen [74]). Manche nehmen an, daß die Verordnungen allgemein Gegenstand der Vertragsbedingungen seien und daß sich daher der Absender stillschweigend der Ausschließung der Haftung unterwerfe. Gegen die herrschende Ansicht macht Bekker [75]) beachtenswerte Einwendungen. Er weist zutreffend darauf hin, daß es den Interessen des Handelsstandes am wenigsten entsprechen würde, wenn man die Telegraphenanstalten für die richtige Beförderung der Telegramme verantwortlich machen wollte, da hierdurch die Beförderung nicht nur verteuert, sondern auch die Schnelligkeit, der Hauptvorteil der Telegramme, verloren gehen würde.

Im Gegensatz zur Literatur hat die Rechtsprechung den Verordnungen stets rechtliche Wirkung zugesprochen [76]). Infolgedessen haben die Untersuchungen über die Haftpflicht der Telegraphenverwaltung nur theoretischen Wert.

---

70) Fuchs Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 43, S. 96; Mittermaier Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 46, S. 39, 44; Serafini S. 59.

71) Fuchs a. a. O. S. 102.

72) Zeitschr. f. dtsch. R. Bd. 19, S. 304.

73) a. a. O. S. 102.

74) Über die Gültigkeit dieser Verordnungen s. Reyscher S. 308 ff., Mittermaier S. 42.

75) Jahrb. d. gem. dtsch. R. Bd. 4, S. 177.

76) Im Kölner Urteil wurde die Klage gegen die Tel.-Verw. auf Grund des § 41 des Reglements von 1855 abgewiesen, vgl. Reyscher S. 469, 473.

Gegen den Beamten ist eine Klage aus dem Vertrage nicht gegeben, da die Verwaltung als solche den Vertrag mit dem Absender geschlossen hat [77]). Die außervertragliche Schadensklage, die actio doli, setzt vorsätzliches schädigendes Handeln des Beamten voraus. Sie steht aber jedem zu, der durch die Handlung des Beamten einen Schaden erlitten hat [78]).

III. Partikularrecht.

Die Haftung nach ALR.

Das Wort „Bote" findet sich im ALR. in den §§ 99, 100 Teil I Titel V [79]). Eine Definition des Botenbegriffs gibt auch das ALR. nicht.

Der Bote haftet, abgesehen von den vertraglichen Verpflichtungen, dem Absender gegenüber nach Maßgabe der §§ 10—12 Titel VI Teil I ALR. Es ist die allgemeine Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Verschuldung außerhalb des Vertrages [80]). Das ALR. kennt auch eine Haftung für den durch andere Personen angerichteten Schaden ohne eigenes Verschulden [81]). Aus dieser Haftungsregelung in bestimmten Fällen folgt, daß grundsätzlich eine Haftung für dritte Personen nicht besteht. Für den Auftrag bestimmt der § 50 Titel VI Teil I ALR., daß der Auftraggeber nicht für den Schaden haftet, den der Beauftragte bei Ausrichtung des gesetzlich zulässigen Auftrages verursacht hat. Mithin haftet der Absender eines Boten oder eines Telegramms für den durch unrichtige Übermittelung entstandenen Schaden nicht, sofern ihn nicht ein eigenes Verschulden trifft [82]).

77) Fuchs S. 97.

78) S. Busch S. 18 über die Verpflichtung der Tel.-Verw. zur Abtretung der Ansprüche gegen den Beamten auch bei dessen Fahrlässigkeit, vgl. Mittermaier S. 44.

79) Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten Bd. 1, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1884, S. 201, Anm. 99. Hier zeigt sich die Entwicklung des Botenbegriffs. In früheren Auflagen wurde die mündliche Willenserklärung mittels Boten zugelassen, der Bote aber als „Stellvertreter" des Absenders betrachtet. Diese Ansicht wird jetzt (a. a. O.) als bedenklich abgelehnt.

80) Vgl. Dernburg Preuß. Priv. R. Bd. 2, § 294, S. 828 ff.

81) Vgl. § 68 Tit. VI Teil I ALR.; Dernburg Preuß. Priv. R. Bd. II § 299, S. 845 Ziff. 1.

82) Schiller S. 86.

C. Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen nach BGB.

I. Die Willenserklärung (WE.).

1. Die Stellung der WE. im System der juristischen Tatsachen und ihr Verhältnis zum Rechtsgeschäft (RG.).

Der § 120 BGB. handelt von der Übermittlung von „Willenserklärungen" (WEn.). Da der Begriff in der Literatur bestritten ist, bedarf es zunächst einer näheren Untersuchung des Begriffs der WE.

Die WE. fällt unter den Oberbegriff der juristischen oder rechtserheblichen Tatsachen. Das sind solche Erscheinungen, denen das Recht die Wirkung beilegt, Rechtsverhältnisse zu begründen, zu ändern oder aufzuheben. Die juristischen Tatsachen sind entweder rein objektive Tatsachen, Naturtatsachen (z. B. Anschwemmung von Land) oder menschliches Verhalten. Bei dem menschlichen Verhalten als rechtserheblicher Tatsache haben die Handlungen die größte Bedeutung. Unter Handlung versteht man das durch den Willen (W.) bestimmte äußere Verhalten des Menschen. Das Verhalten kann sowohl in einem positiven Handeln, einem Tun, als auch in einem Unterlassen bestehen; es kann rechtmäßig und rechtswidrig (unerlaubte Handlung) sein. Bei dem rechtmäßigen menschlichen Verhalten unterscheidet man weiter Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen (RH.). Bei dem RG. ist der W. auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet, bei den RH. tritt der Erfolg ex lege ein[1]).

Im BGB. finden sich abwechselnd die Ausdrücke WE. und RG. ohne ersichtlichen Grund, weshalb gerade das eine

1) Über die Gliederung der jur. Handlungen vgl. Enneccerus § 128, S. 411; Jung BR. § 43, S. 566; Klein S. 7 ff. mit übersichtlicher Einteilung; Matthiaß § 46, S. 87; Oertmann Vorbem. z. III. Absch. S. 315, Ziff. 1; Planck Vorbem. z. III. Absch. S. 221, Ziff. 1; Staudinger Einl. z. III. Absch. II S. 395 ff.

oder andere Wort gebraucht wird. Hieraus folgert man, daß zwischen WE. und RG. überhaupt kein Unterschied bestehe. Aus der Systematik des BGB. müßte gefolgert werden, daß die WE. unter den Oberbegriff RG. fällt [2]). Daß aber die Ausdrücke RG. und WE. nicht in einem bestimmten Gegensatz stehen, ergibt sich aus dem abwechselnden Gebrauch der Ausdrücke. So ist bei der Geschäftsfähigkeit § 104 ff. in den §§ 105, 107 von „WEn.", in den §§ 111 bis 113 vom „RG." und weiter bei der WE. § 116 ff. in den §§ 125, 127, 134, 137 ff. vom „RG." die Rede. Das BGB. selbst gibt keine Definition der beiden Begriffe. Jedoch enthalten die Motive [3]) den Begriff des RG., der dem BGB. zu Grunde liegt und mit der herrschenden Meinung übereinstimmt [4]). Danach gehört zu einem RG. an erster Stelle eine mit dem Rechtsfolgewillen abgegebene WE.

Vielfach wird ein Vorgang auch dann als RG. bezeichnet, wenn die Rechtsfolgen aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Formmangels nicht eintreten, weil er trotz des Mangels doch die Begriffsmerkmale des RG. an sich trägt [5]). Die Bezeichnung „nichtiges RG." entspricht auch einem praktischen Bedürfnis [6]). Nach den Motiven [7]) ist im BGB. der Ausdruck WE. da angebracht, wo die Kundgebung als Tätigkeit hervorgehoben werden soll, während vom RG. dort die Rede ist, wo der Tatbestand mehr oder weniger vollendet vorliegt. Es wird auch mehrfach behauptet, zwischen RG. und WE. bestehe überhaupt kein Unterschied [8]).

Die ganz überwiegende Meinung erkennt ein Unterschied zwischen RG. und WE. an. Dabei gehen die Ansichten insoweit auseinander, als ein Teil annimmt, daß zwar meistens für das Zustandekommen des RG. zu der WE. noch verschiedene Umstände hinzukommen müssen, daß aber in vielen Fällen die WE. allein zugleich ein RG. darstellt [9]). In der Tat ist kein Grund vorhanden, z. B. die Kündigung oder Anfechtung, bei denen die Abgabe der WE. allein schon die Rechts-

2) Der 3. Absch. des I. Buches trägt die Überschrift „RG." und der 2. Tit. dieses Abschnitts die Überschrift „WE.".

3) I S. 126.

4) RGZ. 68 S. 324.

5) Vgl. Manigk WE. u. WG. S. 188 ff.: Über den Unterschied zwischen „nichtigem RG." u. einem „Nicht-RG.".

6) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 100.

7) I S. 126.

8) So Windscheid Bd. I § 69, S. 267 ff.; Dernburg BR. Bd. I § 106, S. 366; dagegen weist Manigk (WE. u. WG. S. 14 ff.) nach, daß die Gleichstellung aus den Motiven nicht gefolgert werden kann.

9) Breit Geschäftsfähigkeit S. 173; Enneccerus Bd. I § 136 I S. 437; Jung BR. S. 563; Titze Handw. d. RW. Bd. 4 S. 657 c; RGZ. 68 S. 324.

wirkungen auslöst, nicht als RG. zu bezeichnen [10]). Doch ist zu beachten, daß die WE. zwar Voraussetzung für jedes RG. ist, daß aber in den meisten Fällen noch andere Tatumstände hinzukommen: so die durchaus herrschende Meinung. Das wird auch von denjenigen Schriftstellern behauptet, die einzelne WEn. als RG. bezeichnen [11]). Solche Tatsachen, die zu den WEn. hinzutreten, sind z. B. bei der Auslobung die öffentliche Bekanntmachung, bei der Eigentumsübertragung die Übergabe der Sache. Abgesehen von den Fällen, in denen die WE. allein ein RG. darstellt, ist demnach der Begriff des RG. weiter als der der WE. [12]).

1. Die WE. im allgemeinen.

Da das Gesetz keine Definition der WE. gibt, ist es Aufgabe der Wissenschaft, den Begriff zu bestimmen. Bislang ist noch keine Einigung darüber erzielt worden. Soviel steht fest, das besagt auch der Wortlaut, daß die WE. aus zwei Elementen, dem W. und der E. besteht [13]). Kohler [14]) wendet sich gegen die unnatürliche Spaltung von W. und E. Richtig ist, daß die WE. im Rechtsverkehr als Einheit in Erscheinung tritt, doch ist bei der Festlegung des Begriffs von den beiden Bestandteilen W. und E. auszugehen.

Die eingeschlagenen Wege zur Ermittlung des Begriffs der WE. sind so verschieden, daß sie unmöglich zu demselben Ergebnis führen können [15]). Zunächst ist da zu nennen die von Dernburg [16]) vertretene historische Methode. Dernburg beruft sich auf die Entstehungsgeschichte des BGB. und geht von der Gleichstellung von WE. und Willensäußerung aus [17]). Andere

10) Breit (Geschäftsf. S. 173) ist gegen die Behauptung, Offerte und Ausnahme seien, als isolierte Akte betrachtet, nur WEn. und keine selbständigen RGe., da sie in ihrer Vereinigung den Vertrag bildeten.

11) Breit (Geschäftsf. S. 115) nennt die WE. das Kriterium des RG., vgl. S. 172.

12) Vgl. im übrigen bezgl. des Verhältnisses von RG. u. WE.: Düringer Bd. 4, S. 6, Anm. 3; Eltzbacher S. 123; Hellmann, Jher. Jahrb. Bd. 42, S. 414; Isay, die WE. S. 1 ff. und dazu Hauser, Jher. Jahrb. Bd. 65, S. 281; Lehmann § 24 III S. 129; Matthiaß § 46 III S. 88; Monich S. 3 ff.; Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 2 S. 316; Planck Kom. Vorbem. vor § 104, I S. 222; RGR.-Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 4 S. 133 ff.; Staudinger Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 4 S. 398; Warneyer Kom. Vorbem. vor § 104, S. 150 ff.; Schloßmann (Festgabe für Hänel) S. 9.

13) Jacobi § 2 S. 3.

14) Jher. Jahrb. Bd. 16 S. 92.

15) Rebitzki (S. 12 ff.) hat die einzelnen Wege einer Betrachtung unterzogen.

16) BR. Bd. 1 § 106, S. 366.

17) Mot. I S. 126, vgl. die Widerlegung durch Manigk WE. u. WG. S. 14 ff.

Versuche, den Begriff der WE. zu bestimmen, sind die freirechtliche Theorie, die induktive Methode und die Begriffsbestimmung nach dem Sprachgebrauch. Rebitzki [18]) hat nachgewiesen, daß diese Methoden ungeeignet sind, den Begriff der WE. zu ermitteln [19]). Demgegenüber hat Manigk die sog. Extractionsmethode begründet, die den legalen Begriff der WE. aus dem Gesetze selbst heraus feststellt, ihn extrahiert. Er geht davon aus, daß die allgemeinen Normen, die für die WE. überhaupt gegeben sind, deren Begriff enthalten [20]). Unberechtigt ist der Einwand von Titze, der Begriff der WE. könne nicht aus den §§ 116 ff. abgeleitet werden, da diese anormale Fälle darstellten. Bei den mangelhaften WEn. in den §§ 116 ff. ist in jedem Falle das Abweichende angegeben und daher ersichtlich, wie die E. nicht beschaffen sein soll. Nach Beseitigung des Mangels kommt man zu dem Begriff, der dem Gesetze zu Grunde liegt [21]).

Die Innenseite der WE., der W. [22]), muß begrifflich schon vor der E. bestehen [23]). Bei der Analyse des W. kommen 3 Tatsachen in Betracht:

a) der Handlungswille, d. h. der Wille muß sich auf die Handlung, die Körperbewegung als solche erstrecken. Die Person muß bewußt handeln.

b) Der EW. (Kundgebungswille). Während der Handlungswille sich auf das Bewußtsein der Handlung bezieht, zeigt sich der Erklärungswille darin, daß der Erklärende mit dem Verhalten seinen W. kundgeben will.

c) Der Geschäfts-, Wirkungs- oder Rechtsfolgewille, der sich auf die rechtlichen Folgen der Handlung erstreckt. Er enthält die Absicht, mit dieser Äußerung einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen.

Es wird nun einerseits die Existenz des W. anerkannt, andererseits aber behauptet, er gehöre nicht zu den Begriffsmerkmalen der WE. [24]). Diese Ansicht wird auf den Sprachgebrauch des Gesetzes gestützt. Das Gesetz rede von einer WE., die angefochten werden könne, in § 120 von einer WE.,

18) S. 16 ff.

19) Über andere Methoden u. deren Beurteilung s. Manigk WE. u. WG. S. 18 ff.

20) a. a. O. S. 17, vgl. S. 175 ff.

21) vgl. Rebitzki S. 23.

22) Über das Wesen u. die Begriffsbildung des W. vgl. Zitelmann Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 34 ff.

23) Monich S. 23.

24) Vgl. Düringer Bd. 4, S. 11, Anm. 10; Rebitzki S. 53.

die unrichtig übermittelt worden sei, mithin müsse schon vor der Anfechtung bereits eine fertige WE. vorliegen [25]). Diese Annahme klammert sich ohne innere Begründung an den äußeren Wortlaut. Wie man ein nichtiges RG. noch als solches bezeichnet, so auch eine anfechtbare WE. zur Vermeidung einer umständlichen Umschreibung als WE. Daß aber der W. notwendiger Bestandteil der WE. ist, ergibt sich gerade aus dem § 116 i. Denn es ist ein Widerspruch, einmal den äußeren Erklärungstatbestand für den Begriff der WE. genügen zu lassen, dann aber die Anfechtung auf den fehlenden W. zu stützen. Allgemein wird auch der W. als notwendiger Bestandteil der WE. betrachtet [26]).

Solange der W. ein innerer Vorgang ist, kann er keine rechtlichen Wirkungen hervorrufen. Die E. kann durch jedes körperliche Verhalten erfolgen, das sich als Äußerung der inneren Vorgänge, des W., darstellt [27]). Als den „Leib" des RG. im Verhältnis zu dem seine „Seele" bildenden W. bezeichnet Titze [28]) die Erklärung. Für die Kundgebung ist eine „Handlung" des Erklärenden erforderlich. Der Begriff der Handlung ist weit zu fassen, so daß auch das Unterlassen darunter fällt [29]). W. und E. sind Elemente des einheitlichen Begriffs WE. Im Verhältnis zueinander sind sie gleich geordnet. Monich [30]) bezeichnet sie als Kraft und Stoff, sowie als zwei Koeffizienten, die durch gleichzeitiges Zusammenwirken die WE. hervorbringen.

Die E. geschieht, um dem Gegner den inneren W. kundzumachen. Infolgedessen ist der Erklärende bestrebt, die E. so zu gestalten, daß der Empfänger aus der E. auf den inneren W. schließen muß, daß die E. das Spiegelbild des W. ist. Das normale Verhältnis ist also die Übereinstimmung von W. und E. Allein es ist möglich, daß der W. entweder fehlt oder von der E. abweicht. Was soll dann gelten: der W. oder die E.? Der Erklärende wird sich auf seinen W. berufen. Dagegen wird der Empfänger geltend machen, der innere W. sei ihm unbekannt, es sei nur die E., „der in die Umwelt gelangte Ausdruck der Bewußtseinstatsache des Wollens das einzig Zugäng-

---

25) Rebitzki S. 27.

26) vgl. u. a. Hölder Jher. Jahrb. Bd. 55, S. 418; Jung BR. § 48 S. 575.

27) R. Leonhard BGB. allg. Teil § 71, S. 275 über die Trennung der inneren Vorgänge von der äußeren E.

28) Mißv. S. 155.

29) Vgl. Eltzbacher S. 131 ff.; Isay (Die WE. S. 7) versteht unter WE. das „Gesamtverhalten" des Erklärenden.

30) S. 63.

liche [31]). Die Sicherheit des Verkehrs verlange, daß die E. so gelte, wie er sie nach Treu und Glauben habe auffassen dürfen und müssen. Es ist dies der Kampf zwischen der Willenstheorie und Erklärungstheorie, der bereits im gemeinen Recht Gegenstand lebhafter Erörterungen gewesen ist.

3. Der Erklärungswert.

a) Es ist wie im Strafrecht von dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt auszugehen [32]). Das Gesetz gibt nirgends unmittelbar an, wie der äußere Tatbestand der WE. gestaltet sein muß. Das regelmäßigste Ausdrucksmittel ist die Sprache. Doch kann auch eine Gebärde, z. B. das Nicken mit dem Kopfe, ebenso deutlich sein wie ein Wort. Auf welche Weise nun die E. erfolgt, ist gleichgültig. Das dem Empfänger zur Kenntnis gelangende Verhalten, das als „Erklärungswert" bezeichnet wird, muß unter Berücksichtigung der gesamten Umstände geeignet sein, einen Rückschluß auf den inneren W. des Erklärenden zu ermöglichen [33]). Der Erklärungswert muß mithin so geartet sein, daß der verfolgte Kundgebungszweck auch erreicht werden kann.

b) Beim Rückschluß vom Erklärungswert auf den inneren W. kann dasselbe äußere Verhalten verschieden bewertet werden.

Die Anfechtung setzt ein Auseinandergehen von W. und E. voraus; denn nach § 119 kann der Erklärende anfechten, wenn er eine E. „dieses Inhalts" nicht abgeben wollte. Das wäre nicht möglich, wenn der Erklärungswert sich von vornherein nach dem W. des Erklärenden richtete. Der Erklärungswert wird also nicht durch die subjektive Auffassung des Erklärenden bestimmt [34]). Umgekehrt kommt es auch nicht darauf an, was gerade der Empfänger als Erklärungswert ansieht. Diesen Standpunkt verbietet das Interesse des Erklärenden. Dessen W. würde sonst ausgeschaltet; denn auch der Empfänger kann sich über den Sinn der E. irren und der Erklärende wäre an das gebunden, was der Empfänger irrtümlicherweise als Inhalt der E. ansieht [35]). Auch die dritte Möglichkeit, die

31) Jung BR. § 48, S. 575.

32) Lehmann § 24 IV. S. 130.

33) Oertmann Kom. vor § 104 Zif. 9 d. S. 326.

34) Düringer Bd. 4, S. 8 Anm. 6; Larenz S. 6; Manigk WE. u. WG. S. 430; Oertmann a. a. O. mit weiterer Begründung.

35) A. M. R. Leonhard BR. allg. Teil § 83, S. 350; ders. Irrtum II. Bd. S. 135 (Der W. ist das, was dem Empfänger als gewollt erscheint); dagegen Oertmann RO. u. VS. S. 114.

von Danz vertreten wird, daß sich nämlich der Erklärungswert nach rein verkehrsmäßigen typischen Gesichtspunkten bestimme, ist abzulehnen [36]).

c) Die objektive Bedeutung des Erklärungswertes ist nicht mit einer absoluten identisch. Es ist auf die zwischen den Parteien bestehenden Verkehrsbeziehungen, insbesondere auf den eigentlichen Sprachgebrauch des Erklärenden Rücksicht zu nehmen [37]). In dem Beispiel, in dem A., der seinen Weinkeller regelmäßig als Bibliothek bezeichnet, seine Bibliothek an B., der die Ausdrucksweise kennt, verkauft, ist Gegenstand des Kaufvertrages der Weinkeller [38]). Im Verkehr werden die regelmäßig wiederkehrenden Umstände nicht immer von neuem erklärt. Insbesondere im Telegrammverkehr werden nur die unbedingt notwendigen Angaben, nicht die dem Empfänger bekannten Umstände kundgegeben. Die ganze Sachlage bildet die natürliche Ergänzung der geäußerten Worte. Dieser Gesamtsachverhalt bildet mit den Inhalt der Erklärung [39]). Die Erklärung muß andererseits auch den Besonderheiten des Empfängers Rechnung tragen. So kann man einer tauben Person eine Erklärung nicht mündlich übermitteln und einem Blinden nicht durch Vorhalten einer Schrift den W. zur Kenntnis bringen. Die äußeren Umstände, unter denen sich die E. vollzieht, können ihr einen abweichenden Sinn verleihen. Das Ersuchen, eine Sache „zu geben", hat eine andere rechtliche Bedeutung im Munde eines Bettlers auf der Straße als in dem eines Kunden im Geschäfte [40]). Der Ort der Abgabe der E. hat auf die Sprache und den Sinn der E. Einfluß. Wenn jemand in einem anderen Sprachgebiet eine Erklärung abgibt [41]), geht der Sinn der dortigen Sprache vor, z. B. wenn ein Oesterreicher in England das Wort Schilling gebraucht, dann ist im Zweifel die englische und nicht die österreichische Münze gemeint [42]).

Der Erklärungswert richtet sich also nicht ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten, sondern es sind auch subjektive Momente, der bekannte W. des Erklärenden, Ver-

---

36) Düringer Bd. IV. S. 8, Anm. 6; Oertmann RO. u. VS. S. 116.

37) Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9, S. 327.

38) Ebenso wenn jemand Mark als Meter bezeichnet und beim Gärtner einen Strauß zu 1 Meter bestellt, dann ist ein Strauß zum Preise von 1 Mark bestellt, vgl. Oertmann RO. u. VS. S. 95 ff.; Danz (Ausl.) S. 127; Jacobi S. 25.

39) Vgl. Manigk WE.—WG. S. 457.

40) Jung BR. § 48, S. 579; s. Bsp. bei Ehrlich (stillschw. WE.) S. 24.

41) Titze (Mißv.) S. 150 ff.

42) Näheres s. Oertmann RO. u. VS. § 45, S. 386 ff.

einbarungen, Verkehrssitte, äußere Umstände, Ort der Abgabe zu berücksichtigen.

d) Bei der stillschweigenden WE. i. e. S. besteht die äußere Handlung in einem Unterlassen. Ein Vergleich mit dem Strafrecht ist fördernd. Schon Zitelmann erklärt bei der Behandlung der stillschweigenden WEn., daß die Probleme bei den Omissivhandlungen für Zivil- und Strafrecht durchaus gemeinsam seien [43]). Im Strafrecht trägt man nun keine Bedenken, das Unterlassen der positiven Handlung vollständig gleichzustellen [44]). Im § 1 StGB. ist von Handlung die Rede, darunter fällt auch die Unterlassung. Ehrlich [45]) behandelt Entscheidungen in den Quellen, in denen Unterlassungen, das vollständig passive Verhalten, als WEn. behandelt wurden. Windscheid [46]) läßt für die WE. ein Unterlassen genügen. Die stillschweigende WE. unterscheidet sich von den übrigen durch ihren äußeren Tatbestand, den Erklärungswert [47]). Das ruhige Verhalten allein ist keine E. [48]). Wie beim positiven Handeln das Tätigwerden auf einem Willensentschluß beruht, so ist für das Schweigen ein eben solcher Entschluß, nicht tätig zu werden, erforderlich. Hieraus folgt, daß das Handeln dem Unterlassen vollständig gleichsteht. Die äußeren Umstände müssen aber so gelagert sein, daß sie direkt zum Widerspruch auffordern, wenn der Erklärende nicht einverstanden ist [49]). Hat jemand einmal Widerspruch erhoben, dann muß sein Verhalten, wenn es als stillschweigende WE. gelten soll, so beschaffen sein, daß es nicht anders als ein Aufgeben der früheren Sinnesrichtung aufgefaßt werden kann [50]).

In subjektiver Hinsicht besteht zwischen den stillschweigenden und sonstigen Erklärungen kein Unterschied [51]). Die Nichtbewegung muß gewollt sein [52]). Es liegt nicht, wie Schloßmann und Isay annehmen, eine fingierte E. vor [53]).

e) In der Regel wird die Bezeichnung „stillschweigende WE." in einem weiteren Sinne, im Gegensatz zur „ausdrück-

43) Irrtum u. RG., S. 259, 261.
44) Ebenso RGSt. 10 S. 101, 45 S. 210.
45) Ehrlich S. 53.
46) Bd. I § 72, S. 289.
47) Manigk WE.—WG. S. 221.
48) Vgl. RGZ. 96, S. 140; RGR.-Kom. Vorbem. vor § 116, Zif. 2, S. 152.
49) Vgl. Matthiaß § 48, II b. S. 95; Hartmann, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 72, S. 221.
50) Warneyer Rspr. 1919 S. 202.
51) Lehmann § 30, III 2, S. 184.
52) Manigk Anwendungsgebiet S. 74.
53) Dagegen Manigk a. a. O. S. 76.

lichen WE." gebraucht [54]). Der § 72 Entw. I lautete: „Die WE. kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen". Eine Abgrenzung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender E. halten die Motive [55]) nicht für die Aufgabe des Gesetzes. Das BGB. gibt also über den Unterschied keine Auskunft [56]). Es enthält zwar verschiedentlich das Wort „ausdrücklich", doch steht dies nicht im Gegensatz zu „stillschweigend". In den §§ 244, 700 bezieht sich das Wort „ausdrücklich" nicht auf die Art und Weise, sondern auf den Inhalt der E. Es ist nur erforderlich, daß über die betreffenden Punkte überhaupt eine Regelung getroffen wird, sie kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen [57]). Die Rechtsfolge wäre dieselbe, auch wenn das Wort „ausdrücklich" fehlen würde [58]).

Die einen leugnen das Vorhandensein eines Gegensatzes zwischen ausdrücklicher und stillschweigender WE. [59]); die Mehrzahl der Schriftsteller hält die Unterscheidung für berechtigt, doch gehen die Ansichten über das Wesen der Unterscheidung auseinander. Man kann eine subjektive und objektive Richtung unterscheiden. Nach der ersteren ist „ausdrücklich" die E., die allein oder hauptsächlich zu dem Zwecke abgegeben wird, den W. kundzumachen, „stillschweigend" diejenige, die allein oder doch zunächst andere selbständige Zwecke verfolgt, aber daneben einen genügend sicheren Schluß auf den Geschäftswillen zuläßt [60]).

Nach der objektiven Richtung sind ausdrücklich alle Äußerungen durch „objektive Erklärungsmittel", nämlich durch Handlungen, deren Sinn, losgelöst von dem einzelnen Fall, feststeht, sei es durch Verkehrssitte oder besondere Verabredung; stillschweigend dagegen sind die Erklärungen, deren Erklärungswert sich erst aus den Umständen des einzelnen Falles ergibt [61]). Da dem Empfänger nur die äußere Seite der E. zur

54) Über die Unterscheidung im gem. R. vgl. Windscheid Bd. I § 72; Kunstmann S. 28. Auch jetzt noch kann Titze (Handw. d. RW. Bd. 4, S. 657, vgl. auch Mißv. S. 46 ff.) sagen, daß sich in der Literatur bisher weder in sachlicher noch in terminologischer Hinsicht eine einheitliche Auffassung gebildet habe.

55) I S. 153.

56) Manigk WE.-WG. S. 225, vgl. Anwendungsgebiet S. 67.

57) Fritze S. 185.

58) Hellmann, Jher. Jahrb. Bd. 42 S. 451; Manigk WE.-WG. S. 296.

59) Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 165 ff.; Hölder Kom. Vorbem. vor § 104, S. 238; Staudinger Kom. Vorbem. vor § 116, S. 452 II B.

60) Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9, S. 329; Lehmann § 30 II 2 S. 182.

61) Fritze S. 203 ff.; Lehmann § 30 II 1 S. 182; Manigk WE.-WG. S. 300 ff.; Oertmann a. a. O.

Kenntnis gelangt, so kann er auch nur aus den Äußerungshandlungen auf den W. des Erklärenden schließen. Infolgedessen ist die subjektive Abgrenzung abzulehnen; der W. des Erklärenden ist nicht Subjekt, sondern Objekt der Auslegung. Richtig ist vielmehr die Ansicht, die von der objektiven Bewertung der Äußerungshandlungen ausgeht, und zwar bei empfangsbedürftigen WEn. vom Standpunkte des Empfängers aus[62]). Der Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden WEn. entsprechen die Bezeichnungen „direkte" und „indirekte", sowie „unmittelbare" und „mittelbare" WEn.[63]). Jung[64]) nennt die mittelbare WE. auch „erschlossene" E., weil durch die besonderen zusammenhängenden Umstände der W. des Erklärenden erschlossen wird[65]).

Die Bezeichnung „konkludent" ist der weitere Begriff im Gegensatz zu „ausdrücklich", von dem das „stillschweigend" eine species ist[66]).

f) Infolge der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten besteht die Gefahr, daß einem äußeren Verhalten ein Sinn beigelegt wird, der dem W. des Erklärenden nicht entspricht, sei es daß er überhaupt keine E., oder eine solche anderen Inhalts abgeben will. Der Erklärende kann dies verhindern, indem er sich dagegen verwahrt, daß sein Verhalten in einem bestimmten Sinne gedeutet wird. Diese Verwahrung (Protestation) verliert aber ihre Bedeutung, wenn das übrige Verhalten mit ihr in Widerspruch steht (reservatio facto contraria), z. B. der Empfänger einer Kaufofferte lehnt das Angebot ab, schickt aber gleichzeitig auch die Ware ab[67]). Die Reservation ist eine species der Protestation, sie richtet sich dagegen, daß in dem Erklärungswerte ein Verzicht eigener oder eine Anerkennung fremder Rechte erblickt werde[68]).

62) Vgl. Jung (BR. § 48, S. 578): „Es gibt hier die Erklärungsseite den Ausschlag, nicht das rein seelische davon, der wirkliche W."; Manigk (WE.-WG. S. 214 ff.) S. 304: „ausdrücklich erklärt ist das, was sich nach dem Sprachgesetz als erklärt ergibt. Konkludent erklärt ist das, was sich nach anderen Gesetzen, denen der Logik, der Usance u. a., als erklärt ergibt."

63) Enneccerus § 144 II S. 740.

64) BR. § 48, S. 578.

65) Im übrigen s. Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9 S. 328 ff. mit weiterer Literatur; Hellmann, Jher. Jahrb. Bd. 42 S. 450 ff. mit kritischer Würdigung anderer Schriftsteller.

66) Vgl. Manigk Anwendungsgebiet S. 73.

67) Vgl. Riezler, Venire contra factum proprium, S. 116.

68) Vgl. Windscheid Bd. 1 § 72 S. 291; Enneccerus § 144 V S. 473; Isay, WE. S. 66; Lehmann § 30, V S. 185; Oertmann Kom Vorbem. vor § 104, Zif. 9 S. 333; ders. Rechtsord. u. Verkehrs. S. 89 ff.

g) Man teilt die WEn. gemeinhin ein in empfangsbedürftige [69]) und nichtempfangsbedürftige WEn. [70]). Die Mehrzahl der WEn. gehört zu den empfangsbedürftigen. Zu den „nichtempfangsbedürftigen" zählen die Auslobung und vor allem das Testament [71]). Das BGB. enthält verschiedentlich die Redeweise: „WE., die einem andern gegenüber abzugeben ist" (§§ 122 Abs. 1, 123 Abs. 2). Daraus wird gefolgert, daß die empfangsbedürftige WE. einer bestimmten Person zugehen müsse, bei den nichtempfangsbedürftigen WEn. sei dies nicht notwendig. Breit [72]) zieht aus der Fassung des BGB. den Schluß, daß es auch WEn. geben müsse, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben seien, weil sonst der schwerfällige Zusatz „einem andern gegenüber" gänzlich überflüssig sei. Auch wird die Empfangsbedürftigkeit mit der Wirksamkeit verquickt [73]). Ein Unterschied besteht insofern, als die empfangsbedürftigen WEn. einen „bestimmten" Empfänger haben, was bei den nichtempfangsbedürftigen nicht der Fall ist. Aber sämtliche WEn. haben einen Empfänger und in jedem Falle muß der Absender die E. in die entsprechende Richtung auf den Empfänger bringen. Nur die Form der Äußerung ist verschieden, je nachdem es sich um En. unter Anwesenden oder Abwesenden bezw. um mündliche oder schriftliche En. handelt. Wenn man die ungenaue aber einmal eingebürgerte Bezeichnung beibehalten will, so muß man sich nur gegenwärtig halten, daß einmal sämtliche WEn. empfangsbedürftig sind, daß aber die empfangsbedürftigen i. e. S. im Gegensatz zu den nichtempfangsbedürftigen einen „ganz bestimmten" Empfänger haben [74]). Demzufolge empfiehlt Manigk [75]) die Einteilung in WEn. mit bestimmtem und solche mit unbestimmtem Adressaten. Kunstmann [76]) nennt die empfangsbedürftigen WEn. „adressierte WEn.".

69) Die Bezeichnung stammt von Zitelmann her. Sie ist für die Unterscheidung bzgl. der Wirksamkeit berechtigt, nicht aber in dem in der Literatur ausgelegten Sinn, daß nur die „empfangsbed." WEn. einen Empfänger haben; vgl. Manigk WE.-WG. S. 306.

70) Düringer Bd. 4 S. 49 Anm. 58; Enneccerus § 136 II A. Zif. 4 S. 443; Jung BR. § 44 C. 566; Lehmann § 25 S. 134; Staudinger Vorbem. vor § 116 III 1; Titze Miss. S. 20 u. Handw. d. RW. Bd. 4 S. 658 c.

71) S. dagegen Manigk WE.-WG. S. 207, 328.

72) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 120.

73) Manigk WE.-WG. S. 305 ff., 313, 341 gegen die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre.

74) Vgl. Manigk WE.-WG. S. 334, dazu Jacobsohn, Jher. Jahrb. Bd. 56 S. 391.

75) WE.-WG. S. 342.

76) S. 29 ff.

In dem Beispiel von Manigk [77]), in dem ein sonderbarer Kauz sein Testament in einem schweren Eisenkasten verschließt und auf den Grund des Meeres versenkt, ist diese Behandlung der Urkunde nicht geeignet und nicht dazu bestimmt, den letzten W. zur Kenntnis der Erben zu bringen. Man muß daher Manigk zustimmen, daß überhaupt kein Testament errichtet ist, auch wenn es zufällig wieder ans Tageslicht kommen sollte [78]). Die mangelnde Ernstlichkeit des Willensausdrucks äußert sich hier in dem Versuch, das Bekanntwerden des Testaments zu verhindern.

h) Die Vollendung einer WE. ist von deren Wirksamkeit zu unterscheiden. Nur § 130 enthält Bestimmungen über die Wirksamkeit der WEn.

Über das Verhältnis der Vollendung zur Wirksamkeit stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen bilden die Abgabe der E. und deren Zugang einen einheitlichen Rechtsakt. Die Abgabe der E. ist ein unselbständiges Tatbestandsmerkmal, die E. erlangt erst mit dem Zugehen ihre Vollendung. Nach der anderen Meinung ist die E. mit der Abgabe vollendet. Der Zugang ist nicht Errichtungs- sondern Wirksamkeitserfordernis. Die Vertreter der ersten Ansicht [79]) stützen sich auf § 130 Abs. 1 S. 2, wonach die E. nicht wirksam wird, wenn gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Daraus folge, daß die E. vor dem Zugehen noch keinen rechtlichen Bestand habe; denn sonst könne sie durch den erst gleichzeitig eingehenden Widerruf nicht wieder beseitigt werden. Hierbei wird die Bedeutung der Vollendung der E. verkannt.

Vollendet ist nur die Erklärungs-, Kundgebungs-„Handlung". Die E. ist in dem Sinne vollendet, daß sie ohne weiteres Zutun des Erklärenden zum Empfänger gelangt und dadurch wirksam wird. Mit dem Widerruf greift der Erklärende in den Lauf der E. ein und verhindert, auch bei gleichzeitigem Eingang mit der E., die Wirksamkeit [80]).

Dagegen ist die WE., d. h. der „Tatbestand der WE." erst mit dem „Zugang" vollendet. Das ergibt sich auch aus einem Vergleich mit dem Strafrecht. Das Wort „Tatbestand" ist nämlich in der Strafrechtswissenschaft entstanden und von

77) WE.-WG. S. 329.

78) Die Stellungnahme von Hölder (Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 440 ff.) ist teils unrichtig, teils legt Hölder dem Beispiel einen anderen Sinn bei.

79) Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des ges. HR. Bd. IV Abt. 2 § 4 S. 17; Crome System des BR. Bd. 1 Tübingen, Leipzig 1900 § 88 Zif. 3 S. 394; Hölder Kom. § 130 Zif. 4 S. 293 u. DJZ. 1901 S. 341; Kohler Arch f. BR. Bd. 13 S. 218.

80) Vgl. JW. 07/243.

der Privatrechtslehre übernommen worden [81]). Als Tatbestand bezeichnet man die Gesamtheit der Erfordernisse, welche die Rechtsordnung als den Grund einer Rechtsfolge anerkennt [82]). Im Strafrecht ist nun ein Delikt dann vollendet, „wenn der ganze Deliktstatbestand restlos verwirklicht ist, sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind“ [83]). Zwar wird in Lehre und Rechtsprechung des Zivilrechts vielfach von Vollendung bei der E. gesprochen [84]), doch ist damit die Vollendung der Kundgebungshandlung gemeint [85]).

Eine WE. kann dem Empfänger unmittelbar übergeben werden, oder der Erklärende kann sie durch einen Mittler mündlich oder schriftlich zum Empfänger befördern lassen, wodurch der Zeitpunkt des Empfanges zeitlich von dem der Abgabe getrennt wird. Man unterscheidet hiernach WEn. unter An- und Abwesenden oder zwischen mündlichen und schriftlichen En. Die letzte Unterscheidung rührt daher, daß unter Anwesenden meist mündlich und unter Abwesenden gewöhnlich schriftlich verhandelt wird. Im Verkehr unter Abwesenden ist die Erklärungshandlung, wie dargelegt, mit der Abgabe vollendet, d. h. wenn der Brief geschrieben und dem Boten übergeben ist, ebenso wenn die mündliche E. dem Boten bekannt gegeben und ihm der Auftrag erteilt ist, sie dem Empfänger zu überbringen, wirksam wird die E. mit dem Zugang. Der Begriff des Zuganges ist in der Literatur, wenn auch in den Grundzügen übereinstimmend, so doch in den Einzelheiten streitig [86]) [87]).

81) Enneccerus, BR. § 127 I S. 410.

82) Enneccerus, a. a. O.

83) Doerr, Deutsches Strafrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1930, § 32 a S. 72; ebenso Liszt, Lehrbuch des Deutsch. Strafr. 24. Aufl., 1922, § 46 I S. 200: „Die Vollendung setzt voraus, daß sämtliche Merkmale des das Verbrechen darstellenden besonderen Tatbestandes gegeben sind, daß insbesondere der durch das Gesetz zum Begriff dieses Verbrechens geforderte Erfolg eingetreten ist.“

84) so Dernburg, BR. § 132, II A, S. 446; Planck, Komm. § 130, Ziff. 8, S. 339; Warneyer, Komm. § 130, I, S. 219; auch Mot. I S. 159; Seuf. Arch. Bd. 63, S. 204 = JW. 07/243 = RGZ. Bd. 65 S. 273; anders Oertmann Kom. § 130 Zif. 2 S. 453 Abs. 2.

85) Über den Tatbestand der WE. s. auch Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des ges. HR. Bd. IV Abt. 2 § 4 S. 17 ff.

86) Vgl. die Definition von Manigk WE.-WG. S. 311, gleicher Ansicht Struck S. 23; vgl. auch RGZ. Bd. 105 S. 256 über den Zugang von Telegrammen, die auf Wunsch des Empfängers durch Fernsprecher zugesprochen werden.

87) RGZ. Bd. 110 S. 34 ff., wenn der Erklärende zwar das Seinige getan, der Empfänger aber den Zugang verhindert hat. Dazu Krückmann JW. 1925 S. 938 zu 7 u. Riezler JW. 1925 S. 2326 zu 2 B. Die Entsch. des Reichsarb.-Ger. v. 22. 4. 32, Gruch. Beitr. Bd. 73 S. 61 ff., behandelt die Frage des Wirksamwerdens einer mittels eingeschriebenen Briefes abgegebenen WE. Die Beklagte hatte dem bei ihr als Bauführer beschäftigten Kläger während seines Erholungsurlaubs durch eingeschriebenen

Über den Zeitpunkt der Vollendung und Wirksamkeit der WE. unter „Anwesenden" enthält das Gesetz keine Bestimmung. Was die Vollendung anbetrifft, so besteht zwischen den En. unter Anwesenden und Abwesenden kein Unterschied.

Bezüglich der Wirksamkeit von WEn. unter „Anwesenden" ist eine gesetzliche Regelung unterblieben, weil sie sich „aus der Natur der Sache" ergebe [88]). Daraus müßte man folgern, daß eine mündliche E. im Augenblick der Abgabe auch wirksam sei; denn ein Zwischenstadium wie bei schriftlichen En. gibt es hierbei nicht. Wenn der Erklärende die Worte ausspricht, muß sie auch der Empfänger wahrnehmen, da das gesprochene Wort keine Daseinsspur zurückläßt. Nicht so einfach ist die „Natur der Sache", wenn dem Anwesenden eine schriftliche E. übergeben wird. Die einen folgern daraus, daß das Gesetz für die En. unter Anwesenden keine Regelung getroffen und § 130 bewußt auf En. unter Abwesenden beschränkt habe, daß es die WEn. unter Anwesenden in einen bewußten Gegensatz zu den unter Abwesenden gestellt habe. Infolgedessen sei eine analoge Anwendung des § 130 auf En. unter Anwesenden ausgeschlossen und es müsse daher für diese die Vernehmungstheorie gelten.

Die Gegenansicht steht auf dem Standpunkte, es sei kein Grund vorhanden, von der durch Gesetz einmal eingeführten Empfangstheorie abzuweichen. Diese in der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechts vorherrschende und mit Wohlbedacht normierte Theorie sei auch auf WEn. unter Anwesenden anzuwenden. Demzufolge sei für die Wirksamkeit das „Zugehen" ausreichend, eine wirkliche Kenntnisnahme sei nicht erforderlich. Richtig ist zwar, daß der § 130 nur die Wirksamkeit der empfangsbedürftigen WEn. regelt, und zwar nur die unter Abwesenden, aber aus den Materialien des BGB. ergibt sich nicht, daß die Regelung in einem bewußten Gegensatz zu den nichtempfangsbedürftigen WEn. oder zu den WEn. unter Anwesenden erfolgt ist. Das argumentum e contrario ist aber

Brief gekündigt. Der Postbote versuchte wegen Abwesenheit des Klägers am 1. Tage vergeblich, den Brief zuzustellen, und ließ am folg. Tage einen Benachrichtigungszettel in der Wohnung des Klägers zurück. Das Reichsarb.-Ger. hält mit Recht den bloßen Versuch der Zustellung am 1. Tag bezügl. des Zuganges für unbeachtlich und erblickt in der Zurücklassung des Benachrichtigungszettels nur den Zugang des Zettels, nicht aber des Briefes selbst. Die nach § 132 Abs. 1 BGB. zulässige Ersatzzustellung durch den Gerichtsvollzieher könne als Sondervorschrift keine entspr. Anwendung finden. Die vom Zugang unabhängige Frage, ob der Empf. trotz des „fehlenden Zugangs" die E. als rechtzeitig zugegangen gegen sich gelten lassen muß, ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu entscheiden.

88) Mot. I 156, dsgl. Prot. I 69.

mit Vorsicht anzuwenden. Es ist hiernach der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben und der § 130 analog anzuwenden [89]). Doch ist für die nicht verkörperten En. eine Einschränkung dahin zu machen, daß der Empfänger bei der Abgabe die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben muß [90]). Zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen WEn. besteht bezüglich der Vollendung und Wirksamkeit kein Unterschied. Beide Arten haben einen Empfänger, dem sie zugeführt werden müssen. Der § 130 ist auch auf die nichtempfangsbedürftigen WEn. anzuwenden [91]). Die nicht empfangsbedürftigen WEn. sind also vollendet mit der Abgabe in Richtung auf den Empfänger und wirksam, wenn der Empfänger die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen [92]). Die abweichende Ansicht, daß die nichtempfangsbedürftige WE. mit der Abgabe wirksam sei, wird vielfach ohne nähere Begründung vertreten [93]).

4. Der Handlungswille.

Der Handlungswille ist der Willensakt, der sich auf die Hervorbringung des äußeren körperlichen Verhaltens richtet. Er erstreckt sich nicht nur auf das positive Handeln [94]), sondern auch auf das Unterlassen, Schweigen [95]).

Abgesehen von der radikalen Erklärungstheorie wird der Handlungswille allgemein zum Begriff der WE. gerechnet [96]). Nach Hauser [97]) ist der Handlungswille für den Begriff der WE. unerläßlich. Geschäftsunfähige haben keinen Handlungswillen. Ebenso fehlt er bei der physischen Überwältigung, der vis absoluta. Beim Fehlen des Handlungswillens liegt keine WE., kein rechtserhebliches Verhalten vor [98]).

Daß der Handlungswille notwendig zum Begriff der WE. gehört, folgt aus den §§ 116 ff., die nach ihrer ganzen Fassung

89) So Manigk WE.-WG. S. 333; Staudinger Kom. § 130 Zif. 4 S. 541.

90) Vgl. Staudinger a. a. O.: Die Einschränkung gilt ebenso für WEn. unter Anwesenden, wenn die Wahrnehmungsfähigkeit (blind, taub, stumm) fehlt.

91) Manigk WE.—WG. S. 314.

92) Manigk a. a. O. S. 316; Enneccerus § 149 I S. 487.

93) So Cohn § 6 A. S. 48.

94) Pininski, Sachbesitzerwerb Bd. 2 S. 345.

95) Henle, Vorstellungs- u. Willenstheorie S. 98 ff.

96) Henle, a. a. O. S. 102; Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104 S. 331.

97) Jher. Jahrb. Bd. 65, S. 279.

98) Düringer Bd. 4 S. 14, Anm. 12; Eltzbacher Bd. 1 S. 140 u. Anm. 1; Oertmann a. a. O.

die bewußte Abgabe von En. voraussetzen. Das kommt vor allem auch bei § 120 in der Beauftragung des Boten oder Absendung des Telegramms zum Ausdruck. Henle [99]) folgert aus dem Schweigen der §§ 116 ff. über die vis absoluta, daß der Handlungswille der WE. des BGB. immanent sei [100]). In dem Beispiel von Isay [101]) hat A. den Handlungswillen gehabt; denn er hatte den W., die Hand zu erheben, und war sich daher seiner Handlungsweise bewußt. Freilich wollte er damit seinen Freund herbeirufen, nicht aber ein Höhergebot abgeben, aber auf den Geschäftswillen kommt es hierbei nicht an. Der Handlungswille, das Mindesterfordernis der WE. in subjektiver Hinsicht, erstreckt sich lediglich auf die Handlung, hier auf das Erheben der Hand.

5. Der Kundgebungswille (Erklärungswille).

Die Willenserklärung bezweckt, den inneren W. zu erklären. Dieses Erklären setzt — das folgt aus dem Wortsinn — ein „Gegenüber" voraus. Die Beziehung des Erklärenden zum Gegner der E. ist wesentlich [102]). Hellmann [103]) geht vom Wortlaut aus: „Einen W. erklären heißt, ihn klarmachen. Der Begriff des Klarmachens setzt aber einen Menschen voraus, an den sich der Klarmachende wendet." Der W., die E. zur Kenntnis des Empfängers zu bringen, wird vielfach Erklärungswille genannt. Unter EW. wird ferner der Handlungswille, sowie von andern auch der Geschäftswille verstanden [104]). Es ist daher angezeigt, den Ausdruck Erklärungswille zu vermeiden [105]) und die Bezeichnung „Kundgebungswille" zu verwenden. Henle nennt ihn zur Unterscheidung den „neueren EW." [106]). Dieser Kundgebungswille ist von dem Handlungswillen zu unterscheiden. Es ist der W., der be-

99) Vorstellungs- u. Willenstheorie S. 152.

100) Betr. den Handlungw. s. außer Henle a. a. O. S. 97 ff.; Rebitzki S. 57.

101) Isay (WE. S. 25): Bei den großen Weinversteigerungen in Trier geschehen die Höhergebote um je 100 Mark durch Erheben der Hand seitens der an langen Tischen sitzenden Steigerungslustigen. Der Ausrufer verzeichnet dies bloß durch Nennen der erhöhten Summe. Ohne im Augenblick daran zu denken, erhebt jetzt A. die Hand, etwa um einen Freund herbeizuwinken.

102) Vgl. Manigk WE.—WG. S. 175. Die Einwendungen von Hölder (Jher. Jahrb. Bd. 55, S. 415) aus den §§ 130, 151 greifen nicht durch.

103) Jher. Jahrb. Bd. 42, S. 418, damit im Ergebnis übereinstimmend Schloßmann WE.—RG. S. 15.

104) Vgl. die Definitionen des EW. verschiedener Schriftsteller bei Henle, Vorstellungs- u. Willenstheorie S. 130 ff.

105) Manigk WE.—WG. S. 273 Anm. 406.

106) a. a. O. S. 132.

zweckt, einen Geschäftswillen überhaupt kundzutun, der sich aber nicht auf den Inhalt des Geschäfts erstreckt [107]). Der Kundgebungswille erstreckt sich wie der Handlungswille unmittelbar auf die äußere Handlung bezw. auf die Kundmachung des Geschäftswillens schlechthin, nicht auf die rechtlichen Folgen [108]). Binder [109]) und Henle [110]) rechnen den Kundgebungswillen nicht zum Begriff der WE. [111]). Auch diejenigen, welche die äußere Seite der E. allein als eine vollwirksame E. betrachten, erkennen demzufolge auch keinen Kundgebungswillen an. Jacobi vertritt das sog. Rechtscheinsprinzip. Der Kundgebungswille ist nach ihm für die WE. nicht notwendig, sofern der Anerklärte auf den Rechtsschein der E. vertrauen darf [112]). Düringer erkennt zwar den Geschäftswillen und den auf die Kundmachung dieses W. gerichteten EW. an, rechnet aber trotzdem beide nicht zu den Begriffsmerkmalen der WE. [113]). Dagegen betrachten Wendt [114]), Eltzbacher [115]), Wedemeyer [116]), Breit [117]) und vor allem Manigk den Kundgebungswillen als notwendigen Bestandteil der WE. Letzterer hat den Kundgebungswillen in seiner Lehre besonders eingehend behandelt und dessen Existenz aus den §§ 116 f. nachgewiesen [118]). Wenn in § 120 der Erklärende einen Boten mit der Übermittelung beauftragt, so folgt daraus, daß er zum Zwecke der Kundgebung handelt [119]).

Nicht erforderlich ist, daß der Kundgebungswille sich auf den wirklich erklärten W. bezieht; denn beim Irrtum, § 119, wollte der Erklärende eine E. „dieses Inhalts" nicht abgeben [120]).

107) Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9, S. 331.

108) Vgl. Manigk WE.—WG. S. 435. Die Folgerung von Isay (WE. S. 25) aus dem Bsp. der Weinversteigerung, der EW. sei überhaupt kein W., wird widerlegt von Manigk a. a. O. S. 74.

109) W. u. WE im Tatbest. des RG. im Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Bd. 6 1912/13 S. 99.

110) Vorstellungs- u. Willenstheorie S. 152.

111) Vgl. Bekker S. 20 u. Rebitzki S. 66.

112) S. 53.

113) Bd. 4, S. 11 Anm. 10.

114) Jher. Jahrb. Bd. 92, S. 238.

115) S. 140.

116) S. 59 ff.

117) Gruch. Beitr. Bd. 55, S. 3.

118) WE.—WG. S. 175 ff., 192 ff., 201, 205 u. 206 ff.

119) Manigk a. a. O. S. 181.

120) Vgl. Manigk WE.-WG. S. 137; s. im übrigen Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9, S. 331 ff.

6. Geschäftswille (Wirkungs- u. Rechtsfolge-Wille).

Der Geschäftswille (GW.) erstreckt sich auf die rechtlichen Folgen der Handlung. Er geht also weiter als der Kundgebungswille. Es entsteht die Frage, ob der GW. zum Begriff der WE. gehört, oder ob die äußere E. ohne den entsprechenden inneren W. rechtliche Wirkungen erzeugt. Es ist der Streit zwischen der Willens- und Erklärungstheorie.

Bereits im gemeinen Recht wurde ein äußerst erbitterter Kampf um die Vorherrschaft von W. und E. geführt. Hauptvertreter der W-Theorie war Savigny[121]). Sie legte entscheidendes Gewicht auf den inneren W. Rechtliche Wirkungen seien nicht denkbar ohne einen entsprechenden W. Die E.-Theorie machte ihr zum Vorwurf, sie berücksichtige nur den Erklärenden und ließ die Interessen des Empfängers außer acht. Sie verfiel dabei in das andere Extrem und erklärte, im Interesse des Verkehrs sei die äußere E. maßgebend. Der Empfänger müsse sich darauf verlassen können, ganz gleich, ob der W. vorhanden sei oder nicht. Auch für das heutige Recht hat der Streit seine Bedeutung nicht ganz verloren[122]). Zu den beiden extremen Theorien kommen die sog. Vermittlungstheorien.

Man kann hiernach unterscheiden:

1) die W-theorie. Die Anhänger dieser Theorie gehen wiederum auseinander. Die einen lassen einen W. genügen, der sich auf den wirtschaftlichen Erfolg richtet. Man muß diese Kategorie mit Oertmann[123]) zu den Willenstheoretikern zählen, weil sie immerhin außer dem Kundgebungswillen einen auf den näheren Inhalt der E. gerichteten W. erfordern. Die anderen fordern, wie nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, eine auf die Herbeiführung des rechtlichen Erfolges gerichtete Absicht.
2) Die E-Theorie. Sie stellt die Verkehrssicherheit in den Vordergrund und läßt den Erklärenden so haften, wie sich die äußere Kundgebungshandlung dem Empfänger darstellt. Eine Berufung auf das Fehlen des inneren W. ist nicht gestattet.

121) Obl. R.
122) Vgl. Manigk I. u. A. S. 41.
123) Kom. Vorbem. vor § 116, Zif. 2 c, S. 374.

3) Die vermittelnden Theorien. Sie verlangen über den Kundgebungswillen hinaus entweder beim Empfänger die Vorstellung des Geschäftswillens (GW.) oder beim Erklärenden das Bewußtsein, der Empfänger werde die Überzeugung gewinnen, der Erklärende habe den GW., oder aber sie wollen den Erklärenden dann haften lassen, wenn die Berufung auf das Fehlen des GW. das berechtigte Vertrauen des Empfängers verletzen würde [124]).

Aus den Materialien des BGB. folgt, daß das Gesetz sich ausdrücklich weder zu der einen noch zu der anderen Theorie bekennt [125]).

Prüfsteine für das Erfordernis des GW. bilden die §§ 116 ff., von denen § 116 zweckmäßig zum Schluß betrachtet wird.

§ 117 behandelt das Schein- oder simulierte Geschäft. Es besteht darin, daß die E. im Einverständnis mit dem Empfänger nur zum Schein abgegeben wird. Nach der E-Theorie müßte die E. gültig sei, und jeder gutgläubige Dritte könnte sich darauf berufen. Die Nichtigkeit der Schein-E. bei fehlendem GW. spricht für die W-theorie.

§ 118. Eine im Scherz abgegebene E. ist nichtig. Der Erklärende ist nicht bewußt, daß sein Verhalten mit seinem W. nicht übereinstimmt. Wenn nun infolgedessen die E. nichtig ist, so kommt auch in § 118 die W-theorie zum Ausdruck.

§§ 119, 120. Der Erklärende will zwar seinen W. erklären, in Wirklichkeit entspricht aber die E. seinem W. nicht. Er ist sich des Unterschiedes nur nicht bewußt. Die E. ist zunächst gültig, aber anfechtbar. Durch die Anfechtung werden die Rechtsfolgen von Anfang an beseitigt, wodurch letzten Endes wieder der W. die Oberhand bekommt. Also sprechen auch diese Paragraphen zugunsten der W-theorie.

§ 116 S. 1. Die Mentalreservation, praktisch ohne Bedeutung, ist immer die Hauptstütze der E-theorie gewesen [126]). Allgemein wird § 116 so verstanden, daß der Erklärende bei Abgabe der E. den W. hat, das Erklärte nicht zu wollen. Pestalozza [127]) und Becker [128]) legen den Wortlaut von § 116: „. . . weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält . . .“

124) Vgl. Oertmann Kom. Vorbem. vor § 116, Zif. 2 b, S. 374.

125) Mot. I, S. 191; Prot. I, S. 94 IV, ähnlich Denkschrift S. 30 V 1; vgl. Kunstmann S. 22, Struck S. 7, Manigk WE.—WG. S. 153, I. u. A. S. 235.

126) Manigk WE.—WG. S. 165; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 151.

127) S. 51.

128) S. 6 ff.

dahin aus, daß der Erklärende das als gewollt Erklärte z. Zt. der Abgabe wenigstens nicht wolle, daß es vielmehr von seinem späteren Entschluß abhängen soll, ob er es dann will oder nicht. Selbst bei dieser Auslegung hat der Erklärende im maßgebenden Augenblick der Äußerung den GW. nicht.

Über die Tatsache der Unerheblichkeit der Mentalreservation ist man sich stets einig gewesen, nur die Begründung bereitete Schwierigkeit. Auch in anderen Gesetzgebungen ohne gesetzliche Regelung gilt dasselbe. Nach Hölder [129]) hat sich für die Römer die Bedeutung der Mentalreservation nicht durch ihre Beachtung, sondern durch ihre Ignorierung von selbst verstanden. Er hält den § 116 für überflüssig, da er sich schon nach § 133 von selbst verstehe [130]). Wlassak [131]) erwähnt, daß die Unerheblichkeit der Mentalreservation ohne gesetzliche Norm auch für das österreichische Recht gelte [132]).

Der Satz 2 des § 116 ist wiederum ein Argument für die W-theorie, da die E. nichtig ist, wenn dem Empfänger der Vorbehalt bekannt ist [133]).

Nach der weitaus überwiegenden Ansicht in der Literatur steht das BGB. auf dem Standpunkt der W-theorie [134]). Zitelmann [135]) erklärt schon, daß die Beabsichtigung einer Rechtsfolge für den Eintritt derselben wesentlich sei. Es ist natürlich, daß sich der W. nicht auf sämtliche Rechtsfolgen zu erstrecken braucht, die möglicher Weise eintreten können [136]). Es ist ausreichend, daß sich der W. auf den tatsächlichen Erfolg als einen rechtlich gesicherten erstreckt [137]). Auch nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts gehört der Rechtsfolgewille zum Begriff der WE. [138]).

Zwei scharfe Gegner, die den W. als wesentliches Begriffsmerkmal der WE. verwerfen, sind Bülow und Danz, die aber auch unter sich nicht übereinstimmen. Bülow setzt an die

---

129) Der Inhalt der WE. S. 12.

130) a. a. O. S. 13.

131) S. 73.

132) Im übrigen s. Breit S. 150; Manigk I. u. A. S. 53, 241; Monich S. 151; Riezler (Venire contra factum proprium) S. 121.

133) Henle Vorstellungs- u. Willenstheorie S. 39 f., 474.

134) S. Oertmann Kom. Vorbem. vor § 116, Zif. 3 a, S. 374 unter Angabe der einzelnen Schriftsteller.

135) Irrtum u. RG. S. 276, Anm. 5.

136) Zeitschr. f. HR. Bd. 65, S. 285 (Manigk); vgl. auch I. u. A. S. 229 über die sog. Auslösungstheorie.

137) Über die Parallele zum Strafrecht vgl. Manigk WE.—WG. S. 270.

138) RGZ. Bd. 64 S. 167, 68 S. 324.

Stelle der Willenserklärung die Sollenserklärung [139]). Die Sollenstheorie betrachtet denselben Tatbestand nur von der anderen Seite. Die „W"E. geht vom Erklärenden, die „Sollens"-E. vom Empfänger aus [140]). Danz, wie auch die übrigen Annänger der E-theorie stützen sich in den Fällen der Anfechtbarkeit auf die „vorläufige" Gültigkeit der WE. [141]).

Das Erfordernis des GW. hat Manigk ferner aus § 119 nachgewiesen [142]). Wenn der Rechtsfolgewille notwendiger Bestandteil der WE. sein soll, dann muß auch der Erklärende beim Irrtum über die Rechtsfolgen anfechten können. Der Irrtum über den Inhalt ist stets auch Irrtum über die Rechtsfolgen; denn die auf Irrtum beruhende E. zieht stets eine Rechtsfolge nach sich, die vom Erklärenden mit der E. nicht bezweckt war [143]). Auch das Reichsgericht [144]) hat klar und deutlich ausgesprochen, daß der Begriff der WE. den Rechtsfolgewillen umfaßt.

Das Ergebnis ist also, daß zum Begriff der WE. auch der Rechtsfolgewille gehört [145]).

7. Der Ausgleich zwischen der Willens- und Erklärungstheorie. (Vereinigungs-, Aussöhnungstheorie.)

Weder die W.- noch die E-theorie läßt sich streng durchführen. Die W-theorie hat auch niemals diesen strengen Standpunkt vertreten [146]). Sittliche Momente sprechen zunächst für die W-theorie; denn der Erklärende kann nur rechtlich verpflichtet sein, weil er es „gewollt" hat [147]), wie auch im Strafrecht der verbrecherische W. die Strafe nach sich zieht. Dem steht das schutzwürdige Interesse des Empfängers entgegen. Gerade in § 120 zeigt sich die Notwendigkeit, den Empfänger im Vertrauen auf die Gültigkeit der E. zu schützen.

139) Bülow bringt damit nicht etwas ganz Neues, Breit (Geschäftsf. S. 169) erwähnt Thon u. Karlowa.

140) vgl. Breit Geschäftsf. S. 169 ff., dsgl. Manigk's Stellungnahme zu Henle's Sollenstheorie DJZ. 1910 S. 1417.

141) Dagegen Manigk WE.—WG. S. 171 ff., s. insbesondere auch Widerlegung der Ableitung der E-theorie aus § 119.

142) I. u. A. S. 96 ff.

143) Näheres s. Manigk I. u. A. S. 102.

144) RGE. Bd. 88, S. 284.

145) vgl. Levin in Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 628.

146) Manigk WE.-WG. S. 154.

147) vgl. Manigk in Handw. d. RW. „Interessenjurisprudenz" Bd. III, Zif. 1, S. 310.

Das Gesetz hat einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen dadurch vorgenommen, daß die E. positiv und der W. nur negativ wirkt, d. h. das Gesetz knüpft an den äußeren Tatbestand die Rechtswirkungen, die beim Zwiespalt von W. und E. durch Anfechtung, § 116 ff., wieder beseitigt werden können [148]).

8. Die Zurechnung der Willenserklärung.

Bei der Zurechnung der WE. sind folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

1) Wille und Erklärung stimmen überein;
2) Die Auslegung ergibt, daß Wille und Erklärung übereinstimmen;
3) Wille und Erklärung stimmen nicht überein;
4) Der Erklärung fehlt der Wille.

a) In dem Bestreben, die E. dem inneren W. entsprechend zu gestalten, werden sich regelmäßig W. und E. decken. Es liegt eine vollwirksame E. vor, wie sie dem Gesetz als Regelfall zu Grunde liegt. Die E. ist subjektiv und objektiv dem Erklärenden zuzurechnen. Er ist daher endgültig gebunden.

b) Die Ermittlung des der E. zu Grunde liegenden W. bezeichnet man als Auslegung. Ziel der Auslegung ist die Feststellung des wahren Sinnes der WE., wie er sich aus den gesamten in Betracht zu ziehenden inneren und äußeren Umständen ergibt [149]). Die Regeln über die Auslegung finden auf die empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen WEn. in gleicher Weise Anwendung [150]).

Die wichtigsten Bestimmungen über die Auslegung enthält das Gesetz in den §§ 133, 157. Diese Paragraphen finden auf sämtliche WEn. Anwendung und nicht nur § 133 auf einzelne WEn. und § 157 auf Verträge [151]). Nicht nur aus der Erklärungsformel, sondern aus dem gesamten Verhalten ist der W. zu erforschen. Eine Konkurrenz zwischen W. und E. kommt nicht in Betracht. Es ist zunächst der Erklärungswert festzustellen und dabei zu fragen, was die Parteien mit der E. haben zum Ausdruck bringen wollen [152]). Der erforschte W.

148) vgl. Manigk WE.-WG. S. 150 ff.
149) Enneccerus § 192 S. 634.
150) Enneccerus § 192 Zif. 4, S. 636; Lehmann § 30, VI 3 S. 187.
151) Enneccerus § 193 III, S. 644; Titze Mißv. S. 84.
152) Manigk I u. A. S. 194.

ist dann nicht der E. entgegenzustellen, sondern es ist zu prüfen, inwieweit der W. in der E. Ausdruck gefunden hat [153]). Aufgabe der Auslegung ist es, den Sinn der E. im Hinblick auf den W. festzustellen. Dementsprechend legt Manigk in Übereinstimmung mit der Rechtssprechung den § 133 dahin aus, daß bei der Auslegung einer WE. der der E. zu Grunde liegende wirkliche W. dann als erheblich festzustellen ist, wenn er sich in der E. nur irgendwie erkennbar gemacht hat [154]). Nicht etwa soll § 133 einem nicht erklärten inneren W. im Gegensatz zur E. zur Wirksamkeit verhelfen [155]). Zunächst werden durch die Auslegung die Erklärung und der wirkliche Wille festgestellt, und dann wird geprüft, ob der W. erklärt ist. Erst wenn dies nicht zutrifft, ist Raum für die Anfechtung.

Der § 157 behandelt die sog. ergänzende Auslegung. Er schreibt vor, wie etwaige Lücken im Vertrage auszulegen sind. Dadurch wird sein Verhältnis zu § 133 gekennzeichnet. Zwischen beiden Paragraphen besteht kein Zusammenhang. Man kann daher nicht den einen aus dem andern herleiten [156]). Um eine Ergänzung des fehlenden W. handelt es sich auch bei den sog. Gefälligkeitsverträgen [157]).

Falsa demonstratio non nocet. Die E. ist nicht Selbstzweck, sondern dient dazu, den W. zur Kenntnis des Empfängers zu bringen. Wenn dieser Zweck erreicht ist, dann ist es unerheblich, ob die gebrauchten Worte gewöhnlich einen anderen Sinn haben. Wenn bei einem Vertrage beide Parteien den gleichen unrichtigen Ausdruck gebraucht haben, dann gilt das gemeinsam Gewollte [158]). Nach der feststehenden Rechtssprechung des Reichsgerichts ist bei Grundstückskäufen

153) Vgl. bzgl. stillschw. WE.: JW. 15, S. 19, RGZ. Bd. 96 S. 140, Bd. 131 S. 350.

154) I. u. A. S. 201 ff. Ganz entsprechend insbesondere Nipperdey bei Enneccerus § 192, S. 633 ff.

155) Vgl. auch Oertmann RO. u. VS. S. 109 ff.

156) Levin Gruch. Beitr. Bd. 64 S. 629, RGZ. Bd. 92 S. 320; Titze (Mißv. S. 85 u. Anm. 5) hält § 133 für überflüssig, da er in § 157 enthalten sei; dagegen mit Recht Oertmann Kom. § 157, Zif. 1, S. 563.

157) Wenn z. B. ein Fuhrwerksbesitzer einer Person unentgeltlich die Mitfahrt gestattet, dann ist der Vertrag nach § 157 dahin auszulegen, daß er von der Haftung für die Gefahr befreit ist, welcher der Mitfahrer sich aussetzt, indem er seine Person dem Fuhrwerk anvertraut. (RGZ. Bd. 67 S. 431; Jur. Rundschau 1926 Bd. II No. 1046, S. 831 ff.: Verzicht auf die Haftung bei einer Automobil-Dauerprüfungsfahrt). Es liegt keine stillschw. E., also auch keine E. durch konkludentes Verhalten vor, weil der W. überhaupt fehlt (Manigk I. u. A. S. 173). Über die Rspr. des RG. s. Jung BR. § 49, S. 581 bezl. der Haftung des Tierhalters nach § 833.

158) RGZ. Bd. 99 S. 147: Haakjöringköd Haifischfleisch war verkauft, gemeint war beiderseits Walfischfleisch, folglich war Walfischfleisch zu liefern.

das gemeinsam gewollte Grundstück verkauft, auch wenn es in der Urkunde unrichtig bezeichnet ist [159]).

Ein Mißverständnis liegt dann vor, wenn der Empfänger die E. anders versteht, als sich durch Auslegung ergibt. Die E. gilt, wie sie durch Auslegung festgestellt ist. Die Folgen des Mißverständnisses hat der Empfänger selbst zu tragen [160]).

Bei einem Vertrage sind zunächst die En. jeder Partei nach den §§ 133, 157 auszulegen. Ergibt sich hierbei Übereinstimmung von W. und E., decken sich aber Antrag und Annahme nicht, dann liegt Dissens vor [161]), der Nichtigkeit zur Folge hat [162]).

Zu erwähnen sind aus der Lehre von der Auslegung die jüngst herausgegebenen Schriften von Larenz und Himmelschein, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Larenz will den Dualismus von W. und E. dadurch überwinden [163]), daß er die WE. als „Geltungserklärung" erfaßt, ohne zuvor aber eine Begriffsbestimmung der WE. zu geben. Wie Manigk des näheren ausgeführt hat [164]), überwindet Larenz nicht den Gegensatz von W. und E. Er leugnet mit seiner Geltungserklärung die Erheblichkeit des W. und vertritt damit eine E-theorie.

Himmelschein läßt ebenfalls eine Begriffsbestimmung der WE. vermissen. Er hält die Erforschung des wirklichen W. im Rahmen der Auslegung für sinnlos und geradezu schädlich [165]). Daß aber der Erklärungswert nicht ohne den zu Grunde liegenden W. vollständig erfaßt werden kann, das hat Manigk nicht nur theoretisch, sondern auch an Hand der Rechtssprechung des Reichsgerichts hinlänglich bewiesen [166]). In dem Beispiel, in dem der Erblasser seinen Weinkeller unter der Bezeichnung „Bibliothek" testamentarisch vermacht hat,

---

159) vgl. RGZ. Bd. 60 S. 340, Bd. 61 S. 265, Bd. 63 S. 169, Bd. 66 S. 427, Bd. 109 S. 336. S. im übrigen bezl. der falsa demonstratio: Bang, Jher. Jahrb. Bd. 66 S. 344 ff.; Jacobi S. 25; Lehmann § 30 VI S. 189 ff.; Manigk I u. A. S. 202; Danz Ausl. S. 58.

160) Enneccerus § 192 IV S. 639; Lehmann § 30 VII S. 193; Staudinger Kom. § 130 Zif. 5, S. 542; RGZ. Bd. 90 S. 168; Titze Handw. d. RW. Bd. 4, S. 86, sowie seine „Lehre v. Mißv."

161) Vgl. Manigk, Jher. Jahrb. Bd. 75 S. 134 ff.

162) RGZ. Bd. 68 S. 9 (Semilodei-Fall) auch Manigk, Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 152 ff.

163) Vgl. S. 9, 31, 69.

164) JW. 1930 S. 2193 ff.; Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. 26 S. 365 f.

165) S. 6.

166) I. u. A. S. 192 f., Reichsgericht-Festschrift Bd. 6 S. 188 ff., 105, 203, 209; JW. 1931, S. 2225.

kann der Sinn der E. nicht festgestellt werden, ohne daß auf den wirklichen W. des Erblassers zurückgegangen wird [167]).

c) Ergibt die Auslegung einen Zwiespalt von W. und E., dann ist sie trotzdem zunächst dem Erklärenden zuzurechnen. Das Gesetz kommt hier der Erklärungstheorie entgegen. Es knüpft an den äußeren E-tatbestand rechtliche Wirkungen, obwohl ein entsprechender W. fehlt.

Auf diese Tatsache stützen sich die Anhänger der E-theorie [168]), indem sie behaupten, es sei der beste Beweis dafür, daß die E. das Ausschlaggebende sei und daß es dem gegenüber auf den W. nicht ankomme. Trotz der Anfechtbarkeit sei das RG. von Anfang an wirksam; denn nicht durch die Versäumung der Anfechtung w e r d e das Geschäft wirksam, sondern es b l e i b e wirksam. Zu der Anfechtung gehöre ein neuer Tatbestand [169]).

Es besteht hier die merkwürdige Erscheinung, daß zwei entgegengesetzte Theorien sich auf denselben Umstand, die Anfechtbarkeit, stützen.

In der Literatur [170]) wird die Anfechtbarkeit als eine Art Nichtigkeit bezeichnet. Die Anfechtungsmöglichkeit ist unmittelbar an den Zwiespalt von W. und E. geknüpft. Der Irrende braucht nur den Mangel des W. in der vorgeschriebenen Form geltend zu machen. Daß er den Mangel beweisen muß, ist für das Wesen der Anfechtbarkeit unerheblich. Gegen die Ansicht der E-theorie, daß die Anfechtung einen neuen Tat-

167) Näheres s. die Besprechung der Schrift von Himmelschein durch Manigk JW. 1931 S. 2225 ff.

168) Danz DJZ. 1906 S. 1277 f. und Auslegung der RGe.

169) Binder Arch. f. R. u. Wirtsch.-Phil. Bd. 6, S. 464: „In der Anfechtbarkeit kommt das Wesen der E-theorie noch reiner zum Ausdruck als im römischen Recht"; dagegen Manigk WE.-WG. S. 171: „In den §§ 119 ff. wird nicht die Gültigkeit, was ein Superfluum wäre, sondern die Anfechtbarkeit festgesetzt"; vgl. Jacobi S. 4.

170) B o v e n s i e p e n (Handw. d. RW. Bd. 1 S. 145): „Anfechtbarkeit ist eine suspensiv, nämlich vom W. des Anfechtungsberechtigten bedingte Nichtigkeit".
D ü r i n g e r (Bd. 4, S. 106, Anm. 123): „Die Anfechtbarkeit ist eine Art der Ungültigkeit".
E n n e c c e r u s (§ 155 II 1 S. 512 u. § 190 II S. 618): „Die Anfechtbarkeit ist in Wahrheit eine von dem W. des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit".
H ö l d e r (Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 414): „Die Anfechtbarkeit ist eine durch Anfechtung bedingte Unwirksamkeit".
L e h m a n n (§ 27 Zif. 2 S. 150): „Anfechtbarkeit ist auf den W. eines Beteiligten gestellte Nichtigkeit".
M a t t h i a ß (§ 55 I 2 S. 121): „Eine Art der schwebenden Nichtigkeit ist auch die Anfechtbarkeit".
M a n i g k (WE.-WG. S. 171, I. u. A. S. 72, 242): „Daher hat man die Anfechtbarkeit mit Recht als einen schwächeren Grad der Unwirksamkeit bezeichnet."

bestand darstelle, spricht auch, daß durch die Anfechtung das RG. ex tunc vernichtet wird, § 142. Auch das Argument der E-theorie, daß nicht durch die Versäumung der Anfechtung das Geschäft wirksam werde, sondern daß es wirksam bleibe, hält nicht stand. Streng durchgeführt müßte allerdings die E. bei mangelhaftem W. sofort nichtig sein. Das Gesetz hat aber praktischen Bedürfnissen zu genügen. Die Sicherheit im Rechtsverkehr verlangt Klarheit über das Bestehen von Rechtsverhältnissen. Der vertrauende Empfänger hat ein Recht darauf, sich zunächst an die E. zu halten. Das ist eine den praktischen Bedürfnissen entsprungene gesetzestechnische Regelung, aus der die E-theorie nicht die Vollwirksamkeit der E. herleiten kann. Diese Regelung ist auch im beiderseitigen Interesse erfolgt [171]).

Die gleichen Erwägungen kommen auch in der Entstehungsgeschichte der §§ 119, 120 zum Ausdruck. Der Entwurf I stand ganz auf dem Boden der W-theorie. Dementsprechend bestimmten die §§ 98, 101 (= §§ 119, 120) „Nichtigkeit" der WE. Der zweite Entwurf, der mehr Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse nahm, ersetzte die Nichtigkeit durch Anfechtbarkeit [172]).

Die Ersetzung der Nichtigkeit durch Anfechtbarkeit erfolgte also nur aus praktischen Erwägungen und bedeutet kein Verlassen des willentheoretischen Standpunktes des ersten Entwurfs. Die Wirksamkeit ist nur eine scheinbare, die E-theorie kann darauf den Begriff der WE. nicht aufbauen [173]). Die äußere E. hat zunächst positive Wirkungen, aber der Erklärende hat das Anfechtungsrecht auf Grund seines nicht zum Ausdruck gekommenen W. Wird dieser nicht zur E. gekommene W. im Rahmen der §§ 116 ff. durch Anfechtung geltend gemacht, dann stürzt der bis dahin bestehende äußere Schein der E. zusammen [174]). Es überwindet also zum Schluß der W. die E. Insofern kann man von einem Übergewicht des W. reden. Diese Vorherrschaft ist aber keine absolute. Der W. wirkt durch die Anfechtung nur negativ. Er beseitigt die E., vermag aber nicht rechtsbegründend an Stelle der vorläufigen E. die ursprünglich beabsichtigte zu setzen. In diesem gegenseitigen Zusammenwirken liegt der Ausgleich, die Versöhnung der beiden extremen Theorien [175]). Auch bei der mangelhaften

171) Vgl. Manigk Anwendungsgebiet S. 176.

172) In den Prot. I S. 221. heißt es: „Die Regelung auf der Grundlage der Anfechtung entspreche am besten der Sachlage."

173) Vgl. Manigk Handw. d. RW. Bd. 6, S. 294.

174) Vgl. Jacobi S. 33 Zif. 1.

175) Manigk WE.-WG. S. 187, I. u. A. S. 135 u. Anm. 1.

WE. ist die E. dem Erklärenden zuzurechnen. Dieser ist solange gebunden, bis er den fehlenden W. durch die Anfechtung zur Geltung bringt.

d) Wenn bei der Weinversteigerung der Ausrufer das Verhalten des A. als ein Höhergebot ansehen mußte, so entsteht die Frage, ob A. durch die bewußt vorgenommene Handlung gebunden ist, obwohl ihm der Kundgebungs- und Geschäftswille fehlt [176]).

Das berechtigte Bestreben, in solchen Fällen eine Haftung des Erklärenden eintreten zu lassen, war stets der Hauptstütz- und Anziehungspunkt der E-theorie. Man kann in der Literatur beobachten, daß Autoren von der W-theorie ausgegangen sind, diese Fälle aber unter den gebildeten Begriff nicht eingruppieren konnten und infolgedessen schließlich der E-theorie verfielen [177]). Es stehen sich der Begriff der WE., zu dem der Kundgebungs- und Geschäftswille gehört, und das Schutzbedürfnis des Empfängers, der auf die Gültigkeit des Erklärungswertes vertraut, gegenüber [178]). Den Weg, der einmal den Begriff der WE. unberührt läßt, dann aber auch das Vertrauen des Empfängers schützt, hat Manigk in dem Ausbau seiner Lehre in „Irrtum und Auslegung" über § 119 gezeigt. Es beruht auf einem Mißverständnis, wenn in der Literatur mehrfach behauptet wird, Manigk verlange nicht mehr den Kundgebungswillen als Begriffsmerkmal der WE. [179]). Manigk selbst betont ausdrücklich, daß er an der Forderung des Kundgebungszwecks für den „Begriff" der WE. festhalte [180]). Manigk betrachtet mit Recht den § 119 als den Schlüssel zur Lösung des Problems. Die vorläufige Haftung dient dem Schutz des Empfängers Für ihn tritt nur der äußere Erklärungswert in Erscheinung. Ist dieser so gestaltet, daß er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als die gewollte

176) Ebenso in den Beispielen bei Manigk WE.-WG. S. 178: Ein Tauber bleibt bei der Abstimmung, die durch Aufstehen oder Sitzenbleiben geschieht, sitzen. Auf einem Schiff vor einem Hafen wird bei einem Feuerwerk Blaufeuer abgebrannt. Da dies das vorschriftsmäßige Lotsensignal ist, fährt der Lotse hinaus.

177) S. Binder Arch. f. R. u. Wirtsch.-Phil. Bd. 5 S. 439.

178) Jacobi (S. 31) behandelt die beiden widerstreitenden Interessen. Er kommt zu dem Ergebnis: „Grundsätzlich wirken WEn. bei Übereinstimmung von W. und E. Zuweilen wirkt aber die E. allein".

179) Enneccerus § 136 Anm. 7 Zif. 2, S. 441; Lehmann § 34 III 1 b, S. 229; Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104, Zif. 9, S. 332 u. Vorbem. vor § 116, Zif. 3 f. S. 376; Larenz S. 83 Anm. 2. Letzterem ist entgegen zu halten, daß Manigk dort nicht den „Begriff" der WE. behandelt, sondern die Frage, ob der Handlungswille allein ausreicht, die „Wirkungen" der WE. vorbehaltlich derjenigen aus § 119 eintreten zu lassen (I. u. A. S. 107 Anm. 1, 244 ff., 248).

180) I. u. A. S. 107, Anm. 1; siehe neuestens in „Beiträge zum Wirtschaftsrecht" Bd. II S. 645 Anm. 86a.

Kundgebung eines GW. verstanden werden mußte [181]), so ist der Empfänger in jedem Falle schutzbedürftig, ganz gleich ob der Erklärende eine E. rechtsgeschäftlichen Inhalts oder eine rechtlich unerhebliche Mitteilung abgeben wollte. Der § 119 ist im Gegensatz zu den §§ 116 bis 118 entsprechend auch auf eine ungewollte Erklärung anwendbar. Der Handelnde will auch in diesem Falle „eine E. dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben". Der Mangel des Kundgebungszweckes führt notwendig zum Irrtum über den Inhalt der E. Eine vollwirksame E. kann begrifflich immer nur vorsätzlich herbeigeführt werden; fahrlässig kann nur der äußere Schein der WE. gesetzt werden [182]), so in dem Falle, daß A. an die Verabredung überhaupt nicht dachte und die Fahne zum Schmücken des Hauses hißte. Es genügt, daß der Schein der E. fahrlässig herbeigeführt ist. Der Begriff der WE. und die vorläufige Haftung aus dem Schein einer E. sind auseinander zu halten. Der äußere Schein der E., der zumindest auf dem Handlungswillen beruht oder durch Fahrlässigkeit verursacht ist, wird zunächst dem Handelnden zugerechnet. Er ist solange gebunden, bis er den Schein durch die Anfechtung beseitigt hat. Auf diese Weise werden die widerstreitenden Interessen in einer den beiderseitigen Forderungen gerecht werdenden Weise ausgeglichen.

II. Die theoretische Konstruktion der unrichtigen Übermittlung.

Die Übermittlung kann schriftlich durch „Briefboten" oder mündlich durch „Spruchboten" erfolgen. Der Unterschied besteht darin, daß beim Briefboten der Erklärungsinhalt verkörpert ist, dagegen beim Spruchboten während der Beförderung im Gedächtnis des Boten haftet. Bei der Übergabe braucht der Briefbote nur dem Empfänger den Brief auszuhändigen, während der Spruchbote die Worte des Absenders sinngetreu dem Empfänger gegenüber wiederholen muß. Diese Unterschiede sind nur äußerlich und betreffen nicht das Wesen der Übermittlung.

181) Vgl. Manigk I. u. A. S. 109, 112.

182) S. Beispiel bei Manigk I. u. A. S. 111: Wenn A. mit B. verabredet hat, die Annahme einer Offerte durch Hissen einer roten, die Ablehnung durch das einer blauen Fahne kundzugeben, dann ist A. auch dann gebunden, wenn er die Fahnen verwechselte.

Bereits oben [183]) ist das Verhältnis der Vollendung zu der Wirksamkeit der WE. behandelt. Vollendet ist danach die E., d. h. die Erklärungshandlung, sowohl bei Mündlichkeit als auch bei Schriftlichkeit, mit der Abgabe an den Boten und der Absendung an den Empfänger; denn dadurch hat der Absender die Tätigkeit beendet, die erforderlich ist, damit die E. dem Empfänger zugeht. Wirksam wird sie mit dem Zugang beim Empfänger. Maßgebend ist der Inhalt, wie er dem Empfänger zugegangen ist. Weicht dieser von dem Inhalt, wie er dem Boten übergeben ist, ab, dann ist die Übermittlung unrichtig erfolgt. Für den Empfänger kommt nur der ihm zugegangene Inhalt der E. in Betracht. Dieser ist dem Absender zuzurechnen. Der Absender spricht „durch den Boten" als sein Sprachrohr. Die dem Empfänger zugegangene E. hat dadurch positive Wirkung. Die Feststellung des Inhalts der E. nach der Vollendung der Erklärungshandlung ist jedoch für die Anfechtung von Wichtigkeit. Solange der Absender das Telegramm noch nicht aufgeliefert hat, kann er den Inhalt nach Belieben ändern. Das hört mit der Aufgabe bei der Post auf. Kommt das Telegramm entstellt an, so kann er aus § 120 seinen GW. nur entsprechend dem Inhalt zur Zeit der Auflieferung durch Anfechtung geltend machen. Der Inhalt der dem Boten übergebenen E. hat insofern negative Bedeutung.

Danach ist die Erwägung von Oertmann [184]) über den Zugang von „2" vollendeten En. nicht zutreffend. Er hält es hier nur für denkbar, nimmt also in Wirklichkeit selbst nicht an, daß der Übermittler der Träger einer bereits vollendeten WE. sei. Im Widerspruch dazu steht anscheinend allerdings seine Behauptung an anderer Stelle [185]), daß Gegenstand des Zugehens die in sich „vollendete" E. sei. Da nur der dem Empfänger zugegangene E-wert maßgebend ist, dieser aber von dem Empfänger richtig aufgenommen wurde, so kommt nur „eine" E. in Betracht. Ein Dissens liegt mithin nicht vor [186]). Die Abgabe der E. durch den Boten ist die Wiederholung der ihm vom Absender übergebenen E. Letztere ist nur im Innenverhältnis zum Boten und für die Anfechtung erheblich.

183) C I 3 h. S. 30.

184) Komm. § 120, Zif. 2 a S. 411: „Es ist denkbar, den Übermittler als bloßen Träger einer bereits vollendeten WE. zu behandeln. Dann würde der Fall nicht in den Zusammenhang des Irrtums (§ 119), sondern streng genommen zum Dissens (§§ 154/5) gehören, in dem die beiden abgegebenen, für sich vollendeten En. als solche nicht übereinstimmen, während jede von ihnen dem GW. ihres Urhebers entsprach".

185) Komm. § 130, Ziff. 2 Abs. 2 S. 453.

186) Über Dissens vgl. oben S. 40 C I 8 b.

III. Das Anwendungsgebiet der Übermittlung von Willenserklärungen.

Der § 120 behandelt die Übermittlung von WEn. Er umfaßt die Fälle, in denen der Erklärende seinen W. nicht unmittelbar dem Empfänger gegenüber abgibt, sondern sich hierzu eines Mittlers bedient. Der § 120 setzt, ohne daß er es sagt, eine WE. voraus, die „einem anderen gegenüber" abzugeben ist.

Zu den Mittelspersonen im Sinne des § 120 gehört vor allem der Bote. Nicht auf die Größe der Entfernung, die der Bote zurückzulegen hat, kommt es an, sondern darauf, daß er „vermittelt" [187]).

Ferner gehören zu den Übermittlungsorganen der Dolmetscher, der Konzipient, der das vom Geschäftsherrn inhaltlich angegebene Geschäft in Worte faßt und schriftlich wiedergibt [188]), der Vermittlungsagent [189]), der Makler [190]) und der Quittungsträger [191]) [192]).

Eine Übermittlung liegt sodann vor in den Fällen, in denen dem Empfänger eine Abschrift des Originalschriftstücks zugeht [193]). Dazu gehören an erster Stelle die Telegramme. Ferner sind dazuzurechnen die Fertigung von Reinschriften nach einem Entwurfe oder nach Diktat, wenn die Schriftstücke nicht von dem Erklärenden unterschrieben werden; ebenso wenn sich ein Schreibunfähiger durch einen andern den Brief schreiben läßt [194]). Durch die Unterschrift dagegen macht sich der Erklärende den Inhalt zu eigen.

Zu erwähnen ist noch der Ferndrucker, bei dem der Empfänger die E. ähnlich wie beim Telegraphen übermittelt

187) Vgl. Aßmann, S. 91 ff.
188) Schmalfuß S. 31, Zif. 2.
189) Staub § 361, Anm. 32, S. 428; Cohn S. 119.
190) Cohn S. 168.
191) Cohn S. 175.
192) In der Entscheidung Seuf. Arch. Bd. 76, S. 313 wurde der Hausverwalter als Bote und nicht als Stellvertreter des Vermieters angesehen. — Recht 1923 No. 473: Wer beauftragt ist, eine bestimmte WE. schriftlich zu übermitteln und ihr die ihm gutdünkende Form zu geben, ist Bote, nicht Bevollmächtigter des Auftraggebers.
193) Oertmann Kom. § 120 Zif. 3 b.
194) Jher. Jahrb. Bd. 4 S. 83, Anm. 86 bzl. des Analphabeten.

bekommt [195]), und die Verständigung durch Zeichen (Winke, Signale, Taubstummensprache).

Auch bei den nicht empfangsbedürftigen WEn. können Organe zur Übermittlung mitwirken. Eine Offerte kann in der Zeitung oder eine Auslobung kann bei der öffentlichen Bekanntmachung z. B. im Rundfunk unrichtig wiedergegeben werden.

Es ist streitig, ob § 120 auch auf den Briefboten Anwendung findet. Für die Bejahung der Frage wird angeführt, das Gesetz rede ohne nähere Bezeichnung von einer zur Übermittelung einer WE. verwendeten Person. Aus dieser Grundauffassung ergebe sich die wesentliche Forderung, den Brief- und den Spruchboten nicht nur als generisch verwandte Arten eines Rechtsinstituts, sondern als rechtlich völlig gleichstehend zu behandeln. Nur diese völlige Gleichstellung sei nach dem Gesetz begründet. Mit der Gegenüberstellung des Boten zum Vertreter würde es unverträglich sein, wenn man annähme, in § 120 sollte nicht jede Botenhilfe am fremden RG. getroffen sein [196]). Die gegenteilige Meinung wird von Oertmann [197]) und anschließend von E. Cohn [198]) mit der Begründung vertreten, beim Briefboten sei der Bote nur Übermittler einer bereits vollendeten E., § 120 setze aber voraus, daß erst durch die Tätigkeit des Boten die E. zur Vollendung gelange [199]). Das trifft nicht zu. Zur Vollendung einer E. genügt, daß sie mit dem Kundgebungswillen in Richtung auf dem Empfänger abgegeben wird. Das ist beim Spruchboten ebenso wie beim Briefboten dann der Fall, wenn er die E. mündlich empfangen hat mit der Anweisung, sie dem Empfänger zu übermitteln. Eher ließe sich der Einwand geltend machen, § 120 verlange die Übermittlung einer „E.", der Bote befördere nur den Brief, die Sache als solche, mit der E. selbst habe er sich nicht zu befassen. § 120 umfaßt jedoch auch die Fälle, in denen die E. entweder überhaupt nicht übermittelt wird oder in denen sie zwar richtig aber verspätet ankommt, so daß sie ihren Zweck verfehlt. Das Unterlassen der Übermittlung als stillschweigende E. ließ sich vielleicht noch unter § 119 bringen, wenn der Empfänger das Unterlassen als Abgabe einer E.

---

195) Über die Frage, ob bei dieser Übermittelungsart die Parteien gegenwärtig oder abwesend sind s. Staub § 361, Anm. 30; Koppers DJZ. 05/159 u. Gruch. Beitr. Bd. 46 S. 225; Sames DJZ. 04/1179.

196) Fleck S. 348; Fromm S. 54 ff.; Schmalfuß S. 29; Sperber S. 7 ff.

197) Kom. § 120, Zif. 3 c.

198) S. 7.

199) Über die Gegenmeinung s. Literatur bei Cohn S. 7 Anm. 9.

ansehen durfte [200]). Aber eine „verspätete" [201]) Übermittlung ist nur nach § 120 anfechtbar. § 120 ist daher auch auf dem Briefboten anzuwenden.

Ein großer Teil der früher durch Boten überbrachten En. wird jetzt durch den Fernsprecher vermittelt. Der Verkehr durch Fernsprecher gilt wie Verkehr unter Anwesenden, § 147 Abs. 1 [202]). Der Vermittler fehlt. § 120 findet keine Anwendung, wenn die Parteien persönlich am Fernsprecher verhandeln [203]). Von diesem Grundsatz gibt es verschiedene Ausnahmen. Wie aus den Protokollen [204]) ersichtlich ist, bestand darüber Einverständnis, daß die Bestimmung des § 147 Abs. 1 S. 1 nicht gelten sollte, wenn nach der Verkehrseinrichtung die telephonische Mitteilung noch einer Weiterbeförderung durch Mittelspersonen bedürfe. In den zahlreichen Fällen, in denen die En. am Fernsprecher durch Hilfspersonen weiter befördert werden, findet also § 120 Anwendung. Ebenso ist § 120 anwendbar, wenn durch große Entfernungen die Verständigung erschwert ist, und der Telephonbeamte die beiderseitigen En. vermittelt [205]). § 120 ist auch dann gegeben, wenn während des Gesprächs die Verbindung für einen Augenblick unterbrochen wird, so daß der Hörende einige Worte nicht empfängt. Von nicht unerheblicher Bedeutung, besonders auf dem Lande, ist die Beförderung von Nachrichten an Empfänger, die keinen Fernsprechanschluß haben. Der Erklärende teilt durch Fernsprecher dem Postagenten oder Poststelleninhaber am Bestimmungsorte des Empfängers die E. mit, der sie mündlich oder schriftlich dem Empfänger übermittelt. Diese Personen sind Boten des Erklärenden [206]).

Wird jemand mit einem anderen als dem gewünschten Fernsprechteilnehmer verbunden, so kann der Erklärende nur nach § 119 anfechten, wenn nicht der Empfänger annehmen mußte, daß das Gespräch ihm nicht galt. § 120 kommt nicht zur Anwendung, da die unrichtige Verbindung bereits zu Be-

---

200) Der A. schickt seinen Boten B. mit der Ablehnung der Offerte nach C. Er hatte mit C. verabredet, daß er die Offerte annehme, wenn C. keine Nachricht erhalte. B. unterläßt die Übermittelung. C. glaubt, A. habe angenommen.

201) Vgl. Cohn S. 69 C.

202) Vgl. Düringer Bd. 4, S. 128, Anm. 156.

203) Oertmann in: Gesetz und Recht, Zeitschr. f. allg. R.- u. Staatskunde, 1926, S. 98.

204) Prot. I S. 165.

205) Ebenso Düringer Bd. 4, S. 127, Anm. 154.

206) Vgl. § 19 III Fernspr. Ord. über die Nachrichten-Gespräche, dazu § 29 II g, wo die Haftung für Versehen bei der Weitergabe der Nachrichten abgelehnt wird (Fischer-Staedler S. 332 u. 377).

ginn des Gesprächs bestand und daher keine unrichtige Übermittlung der E. vorliegt [207]).

IV. Die „Unrichtigkeit" der Übermittlung.

Eine „unrichtige" Übermittlung liegt dann vor, wenn der dem Empfänger zugegangene Erklärungsinhalt nicht der dem Boten übergebenen E. entspricht. Die E. kann in objektiver und subjektiver Hinsicht unrichtig sein. Die objektive Unrichtigkeit erstreckt sich darauf, in welchem Umfange die E. durch die Tätigkeit des Boten eine Änderung erfahren hat. Das subjektive Moment bezieht sich auf den W. des Boten, ob er der E. vorsätzlich oder fahrlässig einen anderen Inhalt gegeben hat.

Nicht die geringste Abweichung stellt schon eine „unrichtige" Übermittlung dar. Der Bote braucht nicht dieselben Worte zu wiederholen. Es genügt „sinngetreue" Wiederholung. Die vom Boten überbrachte E. muß geeignet sein, den vom Absender erstrebten Erfolg herbeizuführen. Bei einem Telegramm ist es unerheblich, wenn der Aufgabeort oder die Unterschrift entstellt ist, der Empfänger aber trotzdem den Absender erkennt [208]). Der Satz: „Falsa demonstratio non nocet" findet auch hier Anwendung, z. B. wenn der Bote eine andere Ware bestellt, der Empfänger aber aus den früheren Aufträgen genau den W. des Absenders erkennt [209]). Beim telegraphischen Verkehr vor allem wird man vom Empfänger verlangen müssen, daß er alle sonstigen Umstände für die Auslegung der im „Telegrammstil" gehaltenen E. berücksichtigt. Eine unrichtige Übermittlung liegt auch dann nicht vor, wenn die E. derartig entstellt ist, daß sie nach den §§ 133, 157 überhaupt keinen verständlichen Sinn gibt [210]). In all diesen Fällen liegt keine unrichtige Übermittlung im Sinne des § 120 vor. Die Grenze zwischen wesentlich und unwesentlich unrichtiger Übermittlung gibt das Gesetz in § 119 an, wonach eine Anfechtung nur möglich ist, wenn bei Kenntnis

207) Oertmann Kom. § 120 Zif. 3 d; Sander S. 44; Titze Mißv. S. 232 Anm. 9, vgl. Danz, Jher. Jahrb. Bd. 46, S. 413 f.

208) Vgl. Hölder Kom. § 120, S. 267; Schiller S. 34.

209) Warneyer Kom. § 120, S. 191 Abs. 3.

210) Staudinger Kom. § 120 Zif. 5, c S. 494; Fischer-Henle § 120, Anm. 1.

der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles eine E. dieses Inhalts nicht abgegeben worden wäre [211]).

1. Die objektive Unrichtigkeit.

Vielfach wird die Ansicht vertreten [212]), eine unrichtige WE. liege dann nicht mehr vor, wenn eine „ganz andere" E. übermittelt sei. Demgegenüber hält die herrschende Meinung den Grad der Entstellung mit Recht für unerheblich [213]); denn es läßt sich praktisch unmöglich eine Grenze zwischen der „unrichtigen" und „ganz anderen" E. ziehen [214]). Eine Begrenzung ist weder nach der Art noch nach dem Gegenstand des Geschäfts möglich. Enneccerus [215]) hält die Abgrenzung nicht für so unmöglich. Er behauptet, bei Veränderung von „kaufen" in „verkaufen" werde der Unbefangene sagen, daß die E. unrichtig übermittelt sei. Wenn aber das Gegenteil noch zur „unrichtigen" Übermittlung gehört, dann ist nicht zu finden, was man nicht darunter bringen kann [216]).

2. Die subjektive Unrichtigkeit (Bewußte Entstellung).

Bei der Unterscheidung der Unrichtigkeit der Übermittlung nach dem subjektiven Moment des Verschuldens der Mittelspersonen steht die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf dem Standpunkte, daß § 120 keine Anwendung bei „vorsätzlicher" unrichtiger Übermittlung findet [217]). Die

---

211) Cohn S. 67.

212) Falkmann S. 53; Hölder Kom. § 120, S. 267; Matthiaß § 52 B, Anm. 4, S. 113; Planck § 120 Zif. 1 a, S. 292; Sörgel § 120 Zif. 2 S. 111.

213) Breit Geschäftsf. S. 156; Düringer Bd. 4, S. 132, Anm. 163; Fleck S. 397; Franke S. 37; Lehmann § 34 III 1 d, S. 232; Oertmann Kom. § 120, Zif. 5 b; Schiller S. 49, Schmalfuß S. 39, Sommer S. 34; Warneyer Kom. § 120, S. 191, Abs. 1.

214) So jetzt auch RGR.-Kom. § 120, Zif. 1, S. 169.

215) § 157 I 3 Anm. 10, S. 522.

216) Der Unterschied des gewollten und eingetretenen Erfolges infolge Entstellung von „kaufen" in „verkaufen" zeigte sich im Fall Weiller-Oppenheim (40 000 Taler Schaden).

217) Breit Geschäftsfähigkeit S. 156 Anm. 157; Düringer Bd. 4, S. 131 Anm. 162; Enneccerus in der Ausg. von Nipperdey § 157 Anm. 10, S. 522, anders Enneccerus in früheren Ausg.; Hellwig S. 359, Anm. 28; Hepner S. 32; Josef Gruch. Beitr. Bd. 51, S. 279, anders früher in Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern Bd. 1, S. 402 ff., 407; Kolping S. 54; Lehmann § 34 III 1 d, S. 232; Löwenwarter S. 27; Manigk Beitr. z. Wirtsch. R. Bd. II S. 602, Anm. 21; Mathiaß § 52, B Anm. 4; RGR.-Kom. § 120 Zif. 1, S. 169; Schmalfuß S. 48; Sommer S. 31; Sörgel Kom. § 120, Zif. 2; Sperber S. 57; Stark L. Z. 1916 S. 301; Staub Kom. § 361, Anm. 32, S. 428; Staudinger Kom. § 120, Zif. 5, b S. 493; Entsch. Recht 1911 No. 2298.

Ansicht wird damit begründet, der Erklärungsherr hafte nur für den Erklärungsmittler. Wo dieser bewußt einen ihm nicht aufgetragenen Erklärungsinhalt überbringe, da gehe er über die Aufgabe als bloßer Mittler hinaus, höre damit ohne weiteres auf, Erklärungswerkzeug zu sein und werde zum Träger einer eigenen E. [218]).

Die Gegenmeinung wendet den § 120 auch bei vorsätzlicher Entstellung der E. an. Sie wurde schon im gemeinen Recht vertreten [219]).

Diese Ansicht stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des § 120 [220]). Kern [221]) hat letzthin erneut an Hand der Gesetzesmaterialien [222]) nachzuweisen versucht, daß § 120 auch dann Anwendung findet, wenn der Bote bewußt unrichtig übermittelt hat [223]).

Die Entwicklung im gemeinen Recht ging dahin, den Absender auch ohne eigenes Verschulden haften zu lassen. Diese Haftung ohne eigenes Verschulden und für Fahrlässigkeit der Mittelsperson ist aber wohl zu unterscheiden von der Haftung für die durch „Vorsatz" des Mittlers verursachte unrichtige Übermittlung.

3. Die Zurechnung der unrichtig übermittelten Erklärung.

Bei der engen Interessenberührung der Parteien ist die Grenze mit Vorsicht zu ziehen. Das Problem kann nur durch

---

218) Näheres s. Oertmann Kom. § 120 Zif. 5 c.

219) Jhering in Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 83 Anm. 86; Dolinski S. 163: „Auch wenn der Bote die WE. wissentlich und absichtlich verunstaltet, erfolgt die E. auf den „Impuls" des Absenders". A. M. Windscheid Bd. 2 § 309 Zif. 2, S. 248.

220) Der § 97 des II. Entw. schloß die Schadensersatzflicht aus, wenn die Unrichtigkeit der Übermittelung auf höherer Gewalt beruhte, wozu auch die vorsätzlich unrichtige Übermittelung durch Boten gehörte. Dieser Passus wurde nach dem Berichte der R.T.-Kom. (S. 39) trotz des Hinweises, daß dem Erklärenden im Falle der höheren Gewalt die unrichtige Übermittelung nicht zugerechnet werden könne, da ihm jede Möglichkeit fehle, die Unrichtigkeit zu verhindern, gestrichen; denn für den Geschädigten sei der Grund der unrichtigen Übermittelung vollkommen gleichgültig und die Sicherheit des Verkehrs fordere die gleiche Behandlung.

221) S. 6 ff., 10 ff., gegen Josef Gruch. Beitr. 51/277.

222) Mot. I 203, Prot. I 117.

223) Ebenso wenden § 120 bei Vorsatz des Boten an: Aßmann S. 109; Biermann I § 69, 1 c; Cosack § 97 I 2 S. 240; Fischer-Henle § 120, Anm. 3; Fleck S. 396; Franke S. 39; Fromm S. 93; Hölder Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 466 ff.; unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in Kom. § 120 S. 267; Josef Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Bd. 1, S. 402 ff., 407; anders in Gruch. Beitr. Bd. 51, S. 279. Planck § 120, Zif. 1 a, S. 293; Rosenberg S. 295; Titze Handw. d. RW. Bd. 3 S. 374.

die Beantwortung der Frage gelöst werden, ob die auf Vorsatz des Boten beruhende unrichtige Übermittlung dem Absender noch „zugerechnet" werden kann.

Zu dem Zwecke ist zunächst der Erklärungswert durch Auslegung (§§ 133/157) zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob die E. dem Absender zugerechnet werden kann. Aus der Bejahung der Frage folgt die Verantwortlichkeit des Absenders für die E. und damit die Anwendung des § 120.

Die Zurechnung des Verhaltens setzt dessen rechtsmaßgebliche Sinnbedeutung voraus [224]). Der Empfänger hat zu prüfen, ob die E. mit Rücksicht auf deren Umfang und Inhalt dem W. des Absenders entspricht. Wenn er Zweifel an der Richtigkeit der E. haben muß, dann trifft ihn eine Erkundigungspflicht [225]). Hierdurch wird gerade in den Fällen, in denen eine „ganz andere" E. übermittelt wird oder der Bote böswillig handelt, schon bei der Auslegung vielfach festgestellt, daß der Empfänger kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Richtigkeit der E. hat [226]). Nur wenn der Empfänger ohne Fahrlässigkeit die E. als die gewollte Kundgebung des entsprechenden GW. des Absenders ansehen mußte [227]), hat er Anspruch darauf, daß er in seinem Vertrauen geschützt wird.

Die Zurechnung spielt im Strafrecht eine große Rolle. Die dort entwickelten Grundsätze der Auslegung finden auch auf das Zivilrecht Anwendung [228]). Es ist bei den erlaubten Handlungen ebenfalls zu prüfen, ob die vom Boten abgegebene E. objektiv auf einer Handlung des Absenders beruht und ob subjektiv der Absender die Handlung gewollt hat.

Für die objektive Seite der Zurechnung ist erforderlich, daß die abgegebene E. auf eine Handlung des Erklärenden zurückzuführen ist. Dabei ist die Handlung des Boten der des Erklärenden gleichzustellen. Im Strafrecht herrscht die Bedingungstheorie. Es genügt eine Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfällt (conditio sine qua non). Diese weite Ausdehnung des Kausalbegriffs ist im Strafrecht unschädlich, weil zur Verursachung das Verschulden hinzukommen muß. Für das Zivilrecht, das zwar

224) Manigk JW. 1930, S. 2195 (Bspr. von Larenz Methode der Ausl. d. RG.).

225) S. Manigk in Reichsgericht-Festgabe Bd. VI S. 154, Anm. 76.

226) So wird in dem Beispiel von Enneccerus (§ 157 I 3 b Anm. 10 S. 521), wo der Bote, der den Sattler zur Geschirreparatur bestellen soll, eine Verkaufsofferte über Pferde oder Wagen überbringt, der Sattler das Angebot garnicht ernst nehmen dürfen, wenn er genau weiß, daß der Absender Pferd und Wagen für seinen Wirtschaftsbetrieb unbedingt gebraucht.

227) Vgl. Manigk I. u. A. S. 109.

228) Vgl. Manigk WE.-WG. S. 271, Beitr. z. Wirtsch.-R. Bd. 2 S. 599.

grundsätzlich auch nur bei Verschulden haften läßt, ist sie unerträglich und mit den Anforderungen des Verkehrs unvereinbar. Daher gilt hier die Theorie der adäquaten Verursachung, nach welcher der regelmäßige, der allgemeinen Erfahrung des Lebens entsprechende Kausalverlauf die Verursachung ist [229]). Auch nach der adäquaten Theorie ist dem Absender mit der herrschenden Lehre jede E. des Boten objektiv zuzurechnen, da eine Abgrenzung unmöglich ist, ob der Bote „unrichtig" oder „etwas ganz anderes" übermittelt hat. Bei der objektiven Zurechnung der E. ist es unerheblich, ob der Bote vorsätzlich oder fahrlässig unrichtig übermittelt hat.

Für die subjektive Zurechnung ist der W. ein ebenso erhebliches Element der Zurechnung wie bei der objektiven Zurechnung die E. [230]). Wenn die E. richtig übermittelt ist, also eine vollwirksame E. vorliegt, wird die E. dem Absender in objektiver und subjektiver Hinsicht zugerechnet und er ist dafür verantwortlich. Ist die E. unrichtig übermittelt, beruht die E. aber auf dem Handlungswillen des Absenders, dann ist ihm die E. mit dem Rechte der Anfechtung zuzurechnen.

Der § 120 spricht von der Übermittlung einer „WE.". Es genügt, daß die zugegangene E. rechtsgeschäftlicher Natur ist. Das folgt ohne weiteres aus den obigen Darlegungen, daß dem Erklärenden nach § 119 der bewußt oder fahrlässig verursachte äußere Schein zuzurechnen ist. Die E., wie sie dem Boten „übergeben" worden ist, hat nur die Bedeutung des inneren W. bei der unmittelbaren E. Ebenso wie dem Erklärenden, wenn er sich verspricht und irrtümlich anstatt einer nichtrechtsgeschäftlichen E. eine solche mit rechtsgeschäftlichem Inhalt abgibt, diese E. zugerechnet wird, so ist ihm die durch den Boten abgegebene rechtsgeschäftliche E. zuzurechnen, auch wenn die dem Boten übergebene keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hatte [231]).

Die E. ist dem Absender nicht nur dann zuzurechnen, wenn er die E. gewollt hat, sondern auch, wenn er sich bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276)

---

229) Über die Theorie der adäquanten Verursachung s. v. Hippel Deutsch. Strafrecht II. Bd. 1930 § 13 IX S. 143 ff. Über den Kausalzusammenhang s. Oser Schweiz. Obl.R. Art. 41 VI S. 298 ff.

230) Vgl. Manigk JW. 1930 S. 2196.

231) In dem Beispiel bei Breit, in dem ein Telegramm mit dem Inhalt: „Taufe 1 Uhr" in „Kaufe 1 Uhr" entstellt wird, ist dem Absender das zugestellte Telegramm zuzurechnen. Ebenso ist in dem Beispiel, in dem der Dorfwirt die Bauern zu einer Freidenker-Versammlung einlädt, der Laufbursche aber Freitrinker-Versammlung bestellt, der Dorfwirt für die Bestellung seines Burschen verantwortlich, vorausgesetzt, daß man die Einladung als eine rechtsgeschäftliche E. ansieht.

hätte sagen müssen, daß der Willensentschluß zum Empfänger gelangen würde, z. B. er legt einen noch nicht zur Absendung bestimmten Brief versehentlich an eine solche Stelle, daß er mit einer Beförderung durch seinen Angestellten rechnen muß [232]).

Ist objektiv der Kausalzusammenhang nicht gegeben, z. B. der Überbringer einer Quittung hat diese selbst angefertigt und liegt subjektiv nicht mindestens der Handlungswille oder wenigstens ein schuldhaftes Verhalten vor, z. B. in der Aufbewahrung von Formularen bei deren mißbräuchlicher Verwendung, so ist keine Zurechnung möglich. Es versagt der Rechtsschein [233]). Fahrlässigkeit des Boten steht der des Absenders gleich, da der Erklärende rechtlich selbst durch den Boten handelt. Anders ist es dagegen, wenn die Mittelsperson vorsätzlich unrichtig übermittelt. Der Verwendung des Mittlers im BGB. entspricht die mittelbare Täterschaft im Strafrecht, bei welcher der unmittelbare Täter nicht als vorsätzlich Handelnder verantwortlich gemacht werden kann. Ein Unterschied besteht aber insofern, als der mittelbare Täter überhaupt deliktsunfähig ist, die Mittelsperson dagegen meist geschäftsfähig und daher im Stande ist, der E. einen anderen Inhalt zu geben. Verfälscht der Bote vorsätzlich die E., dann geht er nicht nur über den W. des Absenders hinaus, sondern er setzt an dessen Stelle seinen eigenen. Infolgedessen kann, da das subjektive Erfordernis, der W. des Absenders, fehlt, die E. dem Absender nicht zugerechnet werden. Es ist ebenso wie im Strafrecht bei der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, wenn das vorsätzliche Handeln eines anderen in den Kausalverlauf eingreift oder bei der Anstiftung, wenn die Tat des Angestifteten über den Vorsatz des Anstifters hinausgeht. Wie dem ersten Täter nicht das vorsätzliche Handeln des anderen und dem Anstifter nicht der weitergehende Vorsatz des Angestifteten zugerechnet werden kann, so auch dem Absender nicht die vorsätzlich durch den Boten entstellte E. Wenn z. B. ein Angestellter einen vom Geschäftsherrn fertiggeschriebenen Brief befördert, obwohl er weiß, daß er noch nicht abgeschickt werden soll, dann entsteht zwar beim Empfänger der Schein einer E. des Geschäftsherrn, aber die objektive Handlung, das Schreiben des Briefes reicht allein nicht aus, den Geschäftsherrn zu binden. Es muß subjektiv der auf die Beförderung gerichtete W. hinzukommen, wenigstens aber muß er fahrlässig den äußeren Schein veranlaßt

232) Vgl. Manigk I. u. A. S. 251, Beitr. z. Wirtsch. R. S. 649 ff.
233) Vgl. Manigk Beitr. z. Wirtsch. R. Bd. 2, S. 617 u. Anm. 49.

haben, indem er z. B. den Brief an eine solche Stelle gelegt hat, in deren Hinblick ihm bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Möglichkeit der Wegnahme und Absendung des Briefes durch einen Angestellten zum Bewußtsein gekommen wäre [234]). Nicht anders sind die Fälle zu behandeln, in denen vorsätzlich die Botenmacht überschritten wird. Der Einwand, daß der Absender wenigstens in Höhe des Auftrages hafte, also wenigstens für eine Flasche Wein, wenn der Bote vorsätzlich 2 anstatt 1 Flasche bestellt hat, greift nicht durch. Der Inhalt der E. läßt sich nicht teilen, indem ein Teil dem Absender und der die Botenmacht überschreitende Teil etwa dem Boten zugerechnet wird. Eine andere Frage ist, ob der Absender die E. gegen sich gelten lassen muß, wenn der Empfänger sie im Sinne des Absenders anerkennt [235]).

Das Ergebnis, daß der Vorsatz des Boten hinsichtlich der Entstellung der E. dem Absender nicht zugerechnet wird, entspricht auch der Billigkeit. Der Satz in den Motiven [236]), es gehe zu weit, wenn man allgemein den Satz aufstelle, daß eine dem Anschein nach mangellose E. zugunsten desjenigen, der sie guten Glaubens für eine Kundgebung des wirklichen W. gehalten habe, als solche behandelt werden müsse, gilt erst recht, wenn der Erklärende nicht einmal den Zugang verursacht hat oder ihm sogar der Handlungswille fehlt [237]). Dem Empfänger wird nicht mehr aufgebürdet, als er auch sonst im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu tragen hat, z. B. wenn der Überbringer eine gefälschte Quittung benutzt, sowie bei Mißbrauch der Vollmacht [238]), oder eines gedruckten Blanketts [239]), wenn den Geschäftsherrn kein Verschulden trifft. Eine Ausnahme, die nicht verallgemeinert werden darf [240]), bildet die Haftung nach § 370, wenn der Überbringer sich unrechtmäßig den Besitz der echten Quittung verschafft hat. Auch ist in diesem Ausnahmefalle die Haftung mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz des Empfängers nicht unberechtigt, weil der Geschäftsherr durch die Ausstellung der Quittung die Voraussetzung für den Rechtsschein geschaffen hat.

Trotz des Vorsatzes ist die E. des Boten dem Absender zuzurechnen, wenn der Bote unzuverlässig war und der Absender dies gewußt hat oder hätte wissen müssen. In Literatur

234) Vgl. Manigk I. u. A. S. 252 ff., 260 ff.
235) So im Schweiz. Obl. R. Art. 25 Abs. 2.
236) Mot. I S. 190.
237) Vgl. Mot. I S. 191.
238) Vgl. Manigk Beitr. z. Wirtsch. R. Bd. 2 S. 621.
239) Vgl. Manigk a. a. O. S. 630.
240) Vgl. Manigk I. u. A. S. 260 u. Anm. 1.

und Rechtssprechung wird das Wissenmüssen dem wirklichen Wissen im Anschluß an das BGB. (§§ 122 II, 123 II, 142 II, 166 II, 169, 173, 460 u. a.) gleichgestellt. Das hat jüngst Manigk bei der Behandlung der Vollmachten im Handelsrecht dargetan[241]). In der Gleichstellung von Kennen und Kennenmüssen wirkt der Grundsatz von Treu und Glauben, der das gesamte Geschäftsrecht beeinflußt.

Nach § 120 haftet der Erklärende ohne eigenes Verschulden; denn das war schon die herrschende Meinung im gemeinen Recht, daß bei Telegrammverstümmelungen der Absender hafte, obwohl in der Benutzung des Telegraphen kein Verschulden liege. Umsomehr haftet der Erklärende, wenn er sich eines unzuverlässigen Mittlers bedient, dessen Unzuverlässigkeit er kennt oder hätte kennen müssen. Darin liegt ein schuldhaftes Verhalten. Jeder hat im Geschäftsverkehr die erforderte Sorgfalt anzuwenden[242]). Wer bei der Auswahl eines ungeeigneten Werkzeuges die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt oder sogar dessen Mangelhaftigkeit kennt, dem sind die durch die Mittelsperson verursachten Folgen zuzurechnen[243]).

Wenn festgestellt ist, daß die durch den Boten übermittelte E. dem Absender zuzurechnen ist, dann ist es „s e i n e" E., für deren Wert er verantwortlich ist[244]). Die Haftung setzt die Zurechnung voraus[245]). Erst dann ist eine WE. des Absenders überhaupt gegeben und § 120 anzuwenden[246]). Der Absender ist an die übermittelte E. bis zur Anfechtung gebunden. Die E., die durch Fahrlässigkeit dem Empfänger zugeht, ist mangelhaft und daher stets anfechtbar[247]). Fehlt dagegen die Zurechnung, dann berührt die zugegangene E. den scheinbar Erklärenden in keiner Weise. Das Risiko muß der Empfänger tragen und § 120 kommt überhaupt nicht zur Anwendung. Der Empfänger könnte sich zwar auf den Schein der E. berufen. Der Absender muß behaupten und beweisen, daß ihm die E. nicht zugerechnet werden kann. Diese pro-

241) S. Manigk Beitr. z. Wirtsch. R. Bd. 2 S. 636.

242) Manigk I. u. A. S. 219: „Jeder im Geschäftsleben Stehende muß für den verkehrs- und handelsüblichen Kundgebungswert seines Verhaltens eintreten".

243) Ähnlich schon Marcusen in der Zeitschr. des Bernischen Juristen-Vereins (1890) S. 172: Der Prinzipal soll nicht sorglos sein. Läßt er seinen Angestellten völlig freie Hand und kommt durch seine Sorglosigkeit der Kaufmann zu Schaden, so hat jener einfach zu haften.

244) Vgl. Manigk WE.-WG. S. 271 ff., 499, I. u. A. S. 115.

245) Vgl. Bespr. v. Hildebrandts „Erklärungshaftung" durch Manigk in DJZ. 1932, S. 562.

246) Manigk Beitr. z. Wirtsch. Bd. 2 S. 602 Anm. 21.

247) Manigk a. a. O., S. 622 ff.

zessuale Last ist der einzige Nachteil, der hier den trifft, gegen den der Schein zunächst spricht.

4. Anwendungsfälle von § 120.

Für die Wirksamkeit einer E. ist es unerheblich, ob der Bote die schriftliche E. mündlich abgibt oder umgekehrt. Ist die zugegangene E. unrichtig, so hat der Absender nur das Anfechtungsrecht. Hat der Bote die ihm schriftlich übergebene E. mündlich falsch ausgerichtet, so haftet der Absender entgegen Oertmann [248]) und Titze [249]) auch dann, wenn er durch die schriftliche Festlegung des W. die Haftung gerade nicht tragen wollte. Hat der Bote die schriftliche E. mündlich ausgerichtet, so würde der Absender ein Anfechtungsrecht haben, wenn zwar der Inhalt der E. richtig übermittelt wäre, die Übergabe des Schriftstücks als solches aber mitbestimmend für den Inhalt der E. wäre.

Bei der Übergabe an den falschen Adressaten wird die Anwendung des § 120 teils verneint [250]) teils bejaht [251]) [252]). Trug die E. die genaue Anschrift des Empfängers, so daß der Empfänger dies erkennen mußte, dann ist die E. nicht wirksam geworden. War die E. so gehalten, daß der Empfänger annehmen konnte, sie sei für ihn bestimmt — das trifft auch zu, wenn sie zwar mit einer Anschrift versehen war, der wirkliche Empfänger aber den gleichen Namen hatte — dann haftet der Absender nach § 120 [253]). War dagegen die E. falsch adressiert, dann findet § 119 Anwendung [254]). Dieselben Grundsätze finden Anwendung, wenn der Bote mehrere voneinander unabhängige En. zu übermitteln hat und die En. vertauscht [255]).

Wird im Fernsprechverkehr der Anrufende mit einem nicht gewünschten Teilnehmer verbunden und konnte der Angerufene die E. auf sich beziehen, dann haftet der Anrufende nach § 119 [256]), da die unrichtige Verbindung bereits bei Be-

---

248) Kom. § 120 Zif. 5, d.

249) Mißv. S. 244.

250) Franke S. 41; Josef Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 405; R. Leonhard, Irrtum, S. 133.

251) Aßmann S. 110; Fleck S. 397; Kern S. 16; Schmalfuß S. 43.

252) Weitere Literatur s. Cohn S. 46 Anm. 73.

253) S. Manigk I. u. A. S. 252 Anm. 2; RGR. Kom. § 120 Zif. 1, S. 170; früher Jhering in Jher. Jahrb. Bd. 4 S. 80, Anm. 84.

254) R. Leonhard Irrtum S. 134; Schmalfuß S. 45. (Z. B. wenn der Erklärende versehentlich anstatt des A, den B als Empfänger bezeichnet hat.)

255) Vgl. Cohn S. 73 D für den EB.

256) Düringer Bd. 4, S. 128 Anm. 155.

ginn des Gesprächs bestand. § 120 kommt auch zur Anwendung, wenn ein Telegramm verspätet [257]) ankommt, ganz in Verlust gerät [258]) oder doppelt zugestellt wird [259]); ebenso, wenn die E. nur eine Zahl umfaßt und unrichtig übermittelt wird [260]), diese aber Grundlage für einen Vertrag bildet. Auch hier ist eine WE. zugegangen, da die rechtsgeschäftliche Natur der E. nicht allein nach dem Wortlaut bestimmt wird. Die zugegangene E. ist nur als Ganzes zu betrachten. Wenn sie über den Umfang der ursprünglichen E. hinausgeht, dann kann man nicht, wie Josef es will [261]), die E. in dem gewollten Umfange als richtig übermittelt betrachten. Dagegen fallen nicht unter § 120 wenn die Mittelsperson als Vertreter aufgetreten ist, wenn der Empfänger zwar die Worte richtig verstanden hat, ihnen aber einen unrichtigen Sinn beilegt (Mißverständnis) und wenn die En. auseinandergehen (Dissens) [262]) [263]).

257) Falkmann S. 55; Schiller S. 21.

258) RGZ. Bd. 108 S. 368.

259) RGZ. Bd. 107 S. 275.

260) Düringer S. 129 Anm. 158.

261) Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905 S. 406, Recht 05/498.

262) RGR. Kom. § 120 Anm. 1 S. 171.

263) Findet § 120 auf Willensgeschäfte (WG.) und Rechtshandlungen (RH.) Anwendung?

WG.: Bereits im gemeinen Recht erstrebte man eine Einengung des Gebietes der WEn. (vgl. Oertmann Kom. Vorbem. vor § 104 Zif. 11, S. 335, R. Leonhard BGB. I § 68 II S. 256) Die sonstigen W-äußerungen werden „W-verwirklichungen" (Hellmann Jher. Jahrb. 42/437), „W-betätigungen" (Breit Geschäftsf. S. 122, Lehmann § 24 IV S. 129) „unverläßliche WEn." (Jacobi S. 74) genannt. Manigk bezeichnet sie in seinen grundlegenden Werken (vgl. Iacobi S. 72) als „WG" (WE.-WG. S. 448). Diese WG. fallen mit den WEn. unter den Oberbegriff „RG." Bei der WE. wird der W. durch ein Verhalten geäußert, daß dem Kundgebungszweck dient, bei dem WG. dagegen ist zwar der W. vorhanden, aber der Kundgebungszweck fehlt (Lehmann § 24 IV. S. 129). Aus dem Grunde ist § 120 auf WG. nicht anwendbar, da die Übermittlung von WEn. zum Zwecke der Kundgebung erfolgt (vgl. Manigk WE.-WG. S. 517 ff., 552 ff.). Über die zunehmende Anerkennung der Unterscheidung zwischen WEn. und WG. in der Literatur s. Nipperdey bei Enneccerus § 136 Anm. 7 S. 440.

Rechtshandlungen: RHn. sind die nicht zu den RGn. gehörenden erlaubten Handlungen. (Über die Zusammenfassung als RHn. s. Enneccerus § 128 Anm. 6 S. 413). Die Bezeichnung ist ungenau aber üblich. Zur Unterscheidung von den RHn. überhaupt gebraucht man die einschränkende Bezeichnung RH. „im engeren Sinne" (Vgl. Manigk WE.-WG. S. 643 sowie Handw. d. RW. Bd. 4 S. 666, Klein S. 23, Enneccerus § 128 Anm. 5 S. 413). Eine gesetzliche Regelung ist nicht erfolgt (s. Mot. I S. 127). Das Kennzeichen der RHn. i. e. S. besteht darin, daß die Rechtswirkungen ex lege und nicht wie bei den RG. ex voluntate eintreten.

Über die Einteilung der RHn. s. Enneccerus § 128 S. 411 ff., Lehmann § 38 S. 295 f. u. insbesondere Manigk WE.-WG. S. 651 f. u. Handw. d. RW. Bd. 4, S. 669, Zif. 5, auf dessen Einteilung Klein (S. 26) aufbaut.

Bei den „rein äußeren Handlungen" (Verarbeitung, Umbildung, Fund), vgl. Klein S. 30 ff., Manigk WE.-WG. S. 652 f., wird der rechtliche Erfolg durch die tatsächliche Vornahme erzeugt (vgl. Cohn S. 4, Klein S. 42, Lehmann § 38 III S. 296, Manigk WE.-WG. S. 675). Daher ist die Anwendung der Normen für RGe.,

V. Bote und Anstalt.

Als Medium zur Übermittlung bezeichnet § 120 eine „Person" oder „Anstalt". Damit scheiden die Fälle aus, in denen Tiere (Hunde, Brieftauben) zur Übermittlung von Nachrichten verwendet werden. Nach Planck [264]) kann der Bote auch ein Tier (Papagei) sein.

1. Der Absendungsbote.

Die im gemeinen Recht herrschende Repräsentationstheorie ist in das BGB. übergegangen. Das folgt aus der getrennten Behandlung des Boten in § 120 und des Stellvertreters in § 164 ff. Das Wort Bote [265]) ist in § 120 nicht verwendet. Doch bildet er von den Personen unstreitig den Hauptfall. Daß das BGB. den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter kennt, ergibt sich aus den Materialien [266]), ist in der Literatur wiederholt [267]) nachgewiesen und heute allgemein anerkannt [268]).

---

insbesondere auch von § 120 ausgeschlossen. Dagegen ist im übrigen für die Ausführung dieser äußeren Handlungen die Verwendung des Boten oder Gehilfen möglich.

Bei den „mit inneren Tatsachen verknüpften Handlungen" (Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung, Verzeihung) fehlt der Kundgebungszweck, so daß eine Anwendung des § 120 nicht in Frage kommt; doch ist auch hier die Mitwirkung dritter Personen als Gehilfen möglich (Klein S. 74, 98; Manigk WE.-WG. S. 694)

Die „Mitteilungen" unterscheiden sich durch die Kundgebung an einen anderen scharf von den übrigen RHn. und kommen dadurch den WEn. nahe (Manigk WE.-WG. S. 701). Es treten zwei Unterarten in Erscheinung: „Vorstellungsmitteilungen" (Anzeigen, Kundgebungen, Anerkennung, Quittung, vgl. Klein S. 137 ff., Manigk WE.-WG. S. 703) und „Willensmitteilungen" (Aufforderung, Mahnung, Widerspruch, vgl. Klein S. 163 ff., Manigk WE.-WG. S. 726). Bei den Mitteilungen ist die Verwendung des Boten zulässig (Klein S. 155, Manigk WE.-WG. S. 711), und zwar sowohl als Absendungs- wie auch als Empfangsboten (A. M. Klein S. 162 II s. Anm. 167), doch findet im Falle unrichtiger Übermittelung § 120 keine Anwendung, da nach dem Wesen der Mitteilungen die unrichtige Bestellung, z. B. die Mahnung, ohne weiteres unwirksam ist. Einer Anfechtung bedarf es nicht (Klein S. 169, Manigk WE.-WG. S. 740).

264) Kom. vor § 164 Zif. 4 a S. 429.

265) Das Wort Bote kommt im BGB. nur in § 196 Zif. 3 bei der Verjährung des „Boten"-Lohnes vor.

266) Mot. I S. 203, 223, Mugdan S. 464, 475 ff., Prot. I S. 291, Mugdan S. 739.

267) U. a. Aßmann S. 47 ff., Fleck S. 341 ff., Fromm S. 28 ff., Kolping S. 11 ff.

268) Titze, Mißv. S. 241, Anm. 20, hat die früher im Anschluß an Schloßmann vertretene Gleichstellung von Bote und Stellvertreter aufgegeben.

a) Der Bote wirkt nur bei dem Zustandekommen des äußeren Tatbestandes mit, dagegen faßt der Vertreter selbst den Willensentschluß. Als Bezeichnungen für den Boten, die sämtlich auf den Unterschied hinweisen und ihn nur als unselbständiges Hilfsmittel erscheinen lassen, finden sich in der Literatur: Sprachrohr [269]), Organ, Zunge, Mund [270]), Werkzeug, Instrument [271]) [272]). Daß der Bote eine untergeordnete Stellung einnimmt, trifft zwar in der Regel zu, ist aber nicht begriffswesentlich.

Der Gegensatz zwischen Boten und Stellvertreter besteht darin, daß der Bote Träger fremden Willens, der Vertreter dagegen Erzeuger eigenen Willens ist. Damit ist die Grenze gezogen. Botenschaft liegt da vor, wo die Mittelsperson einen fertigen W. vorfindet und diesen als solchen des Absenders dem Empfänger zu überbringen hat; Stellvertretung ist gegeben, wenn der Vertreter selbst den Willensentschluß faßt und ihn als seinen eigenen mit Wirkung für den Vertretenen abgibt.

b) Die Botenschaft ist im Gesetz nicht näher geregelt. Da sie wie die Stellvertretung das Zustandekommen fremder RG. betrifft, so können die gesetzlichen Bestimmungen über die Stellvertretung zum Vergleich herangezogen werden.

Auch beim Boten ist das Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden [273]). Entsprechend der Vollmacht bedarf der Bote einer Botenmacht. Sie ist das Recht dem Empfänger gegenüber, die E. mit Wirkung für den Absender abzugeben. Daß die Behauptung von Kern [274]), die Hausfrau denke nicht daran, das Mädchen zu ermächtigen, Salz zu kaufen, nicht zutrifft, zeigt sich sofort, wenn z. B. das Mädchen auf Kredit kaufen soll und der Kaufmann Zweifel an der Botenmacht hat. Dann wird sich sowohl das Mädchen als auch die Hausfrau auf die Ermächtigung berufen.

Wie die Erteilung der Vollmacht (Bevollmächtigung) von der Vollmacht, so ist auch die Botenermächtigung von der Botenmacht zu unterscheiden. Die Ermächtigung ist wie die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft [275]), eine empfangsbedürftige WE., die dem Boten oder dem Empfänger gegen-

269) Jhering in Jher. Jahrb. Bd. I, S. 279.
270) Josef S. 404.
271) Monich S. 148, Anm. 28.
272) Weitere Bezeichnungen s. Aßmann S. 51 ff., Jüngling S. 14 ff., Kolping S. 16 ff.
273) Vgl. Cohn S. 32.
274) S. 29 ff.
275) A. M. Hepner S. 23.

über abgegeben werden kann. Die Botenermächtigung gibt dem Boten erst die Macht, für den Ermächtigenden tätig zu werden. Die Botenmacht besteht fort, bis sie aufgehoben wird [276]) [277]).

c) Der Botenermächtigung liegt regelmäßig ein anderes Rechtsverhältnis, ein Auftrag zu Grunde, durch das sich der Bote zur Übernahme der Übermittelung verpflichtet. Dieses Auftragsverhältnis i. w. S. kann sein Auftrag i. e. S., Dienst- oder Werkvertrag. Durch die Botenermächtigung wird der Bote nach außen gegenüber dem Empfänger berechtigt, durch die Beauftragung im Innenverhältnis zum Handeln verpflichtet, im ersten Falle liegt ein Handeln k ö n n e n, im zweiten ein Handeln s o l l e n vor. Regelmäßig stimmen Innen- und Außenverhältnis ihrem Umfange nach überein. Doch kann auch eine Ermächtigung ohne entsprechenden Auftrag erfolgen, z. B. wenn der Bote einem bestimmten Empfänger gegenüber allgemein zur Übermittlung von WEn. ermächtigt wird und eine Beauftragung von Fall zu Fall erfolgt.

d) Die Wahl durch den Boten, ob oder welche von mehreren En. er abgeben soll, ist im BGB. nicht geregelt, weil sich nach den Motiven [278]) die Regelung nicht zur Entscheidung durch das Gesetz eigne. Bei der Wahl zwischen mehreren En. (der Bote soll 1 o d e r 2 Pfund Äpfel kaufen) berührt die Willenstätigkeit „den Inhalt" der E. nicht. Gibt er die E. ab, dann ist es nach wie vor die E. des Absenders. Unterläßt er die Abgabe, dann liegt überhaupt keine E. vor [279]).

Ebenso ist es z. B., wenn der Bote mit einem Rezept in eine nicht bestimmte Apotheke geschickt wird. Im Innenverhältnis erhält er den Auftrag, zunächst von den mehreren Apotheken eine auszusuchen und alsdann in der ausgewählten das Rezept zu überbringen. Die Botenmacht erstreckt sich nur auf die letztere Tätigkeit. Die Auswahl unter den Apotheken hat auf den Inhalt der E., das Rezept, keinen Einfluß [280]).

Ähnlich ist es bei der Wahl zwischen mehreren Kaufgegenständen, die sich nur in unwesentlichen Punkten unterscheiden. Der Käufer ist gar nicht imstande, diese unerheblichen Unterschiede in seine E. aufzunehmen. Beauftragt

276) Josef Recht 05/498.

277) Vgl. im übrigen Hellwig S. 357, Zif. 6 f.; Sperber S. 13 ff.

278) Mot. I S. 223.

279) Vgl. Sperber S. 27 ff.

280) Vgl. Aßmann S. 64 ff. Nach Maier (S. 24) geschieht die Bestimmung nicht durch das Gutdünken, sondern durch das billige Ermessen des Boten, sie sei eine faktische, rein mechanische; dagegen Sperber S. 28 ff.

jemand seinen Boten, ein Stück Seife bestimmter Qualität zu kaufen, dann handelt es sich um keine Willensbildung, wenn der Bote aus den vorgelegten Stücken verschiedener Form und Farbe eins auswählt. Daß es sich hier um keine Ergänzung des W. handelt, folgt daraus, daß der Verkäufer dem Boten einfach irgend ein Stück von der vorgelegten Auswahl geben könnte. Der Absender hätte, bei verständiger Würdigung des Falles nach § 119, kein Anfechtungsrecht. Wollte man in diesen Fällen des täglichen Lebens in der Tätigkeit des Boten eine Festsetzung des Willensinhalts erblicken und damit die Mittelsperson zum Stellvertreter stempeln, dann würde man dem Boteninstitut seine praktische Bedeutung nehmen.

An dem grundsätzlichen Unterschiede, daß der Bote lediglich Organ zur Übermittelung einer bereits gebildeten E. ist, muß jedoch festgehalten werden [281]). Wenn in dem Beispiel der Bote e i n Stück Seife kaufen und selbst die Auswahl nach Qualität und Preis vornehmen soll, dann ist er Stellvertreter.

e) Aus der Natur des Boten als eines Organs zur Übermittelung eines fremden W. folgt, daß er nicht geschäftsfähig zu sein braucht, es genügt die natürliche Fähigkeit zur Vornahme der Handlungen [282]). Cohn [283]) will anscheinend eine Ausnahme machen. Er nennt, entsprechend der Unterscheidung zwischen Geschäftswillen und Erklärungswillen, den Stellvertreter einen Vertreter im Geschäftswillen und den Boten einen Vertreter bei Abgabe der E. [284]) und behauptet weiter, auch der Bote müsse erklären „wollen". Zwar ist auch der Bote Vertreter i. w. S. Es empfiehlt sich aber, die Bezeichnung „Vertreter" nur bei der Stellvertretung im technischen Sinne, § 164 ff., anzuwenden [285]). Der Vergleich mit dem G.- und EW. ist nicht angängig. Der EW. ist Begriffsmerkmal der WE. und setzt Geschäftsfähigkeit voraus. Der Bote wird zwar regelmäßig den natürlichen W. haben, die E. richtig zu übermitteln, aber für die Wirksamkeit genügt die tatsächliche Ausrichtung der Übermittlung. Wollte man sogar den Kundgebungswillen verlangen, dann würden Geschäftsunfähige, insbesondere Kinder unter 7 Jahren, von der Mit-

281) Ebenso Oertmann Vorbem. vor § 164, Zif. 7 b, S. 601.

282) Aßmann S. 97; Enneccerus § 166 I 1 a, S. 545; Falkmann S. 39; Hellwig S. 355; Lehmann § 36 I 1, S. 265.

283) S. 15.

284) Windscheid unterscheidet (Bd. 1 § 73, Anm. 2 S. 297) zwischen „Stellvertretung i. W." und „Stellvertretung in der E."

285) Ebenso Hellwig S. 355.

wirkung als Bote ausgeschlossen. Auch können GW. und EW. nicht auf zwei Personen verteilt werden.

Das Erfordernis der Botenermächtigung bedarf für Geschäftsunfähige noch einer Ergänzung. Die Botenermächtigung als RG. kann entsprechend der Bevollmächtigung (§ 167) dem Boten oder dem Empfänger gegenüber abgegeben werden. Für die Abgabe an den Boten ist wenigstens beschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich, § 107. Nur in seltenen Fällen wird die Ermächtigung vorher dem Empfänger mitgeteilt. Zur Abgabe der Ermächtigungserklärung durch den Boten müßte dieser dem Empfänger gegenüber ebenfalls ermächtigt sein. Das würde eine Kette ohne Ende geben. Sperber [286]) sucht diesen Schwierigkeiten auf folgende Weise zu begegnen: In jedem Auftrag an den Boten sei der W. bekundet, den der Bote dem Gegenkontrahenten durch die Übermittelung der E. zugleich kundgebe, daß er nämlich die Macht haben solle, die Mitteilung als E. seines Absenders zu bestellen. Es handle sich hier nicht um eine „rechtsgeschäftliche" WE., sondern um eine tatsächliche Willenskundgebung. Zu den RHn. kann die Ermächtigung nicht gehören, da bei diesen, wie Cohn [287]) richtig bemerkt, die Wirkungen ex lege eintreten, bei der Ermächtigung der Erfolg aber gerade gewollt ist. Cohn [288]) bringt eine andere Lösung. Mit der Übermittlung der E. würde gleichzeitig auch „konkludent" die Ermächtigung dem Empfänger zur Kenntnis gebracht. Es besteht aber kein Unterschied, ob die E. ausdrücklich oder konkludent abgegeben wird. Der Erklärungswert ist nur verschieden gestaltet. Cohn vermag diesen Einwand [289]) nicht zu entkräften.

Schickt der Onkel seinen noch nicht 7 Jahre alten Neffen mit der Kündigungserklärung zu seinem Mieter, dann wird die Kündigung nicht wirksam, wenn der Mieter die E. wegen Fehlens der Botenmacht zurückweist, auch wenn er ganz genau weiß, daß der Onkel den Neffen zur Abgabe der Kündigungserklärung ermächtigt hat. In entsprechender Anwendung des § 174 wird man jedoch sagen, daß der Gegner auf den Einwand verzichten kann und daß die Kündigung wirksam wird, wenn der Mieter sie nicht unverzüglich wegen Fehlens der Botenmacht zurückweist.

286) S. 18.
287) S. 37 Abs. 4.
288) S. 38 Abs. 2.
289) S. 39.

f) Das Merkmal des Boten ist nicht nur das Innenverhältnis, sondern das äußere Auftreten [290]). Tritt demgemäß der Bote als Vertreter auf, dann fällt er nicht unter § 120. Er ist falsus procurator, die §§ 177 ff. kommen zur Anwendung [291]). Der Absender kann durch Genehmigung Wirksamkeit für sich erlangen. Tritt umgekehrt der Stellvertreter als Bote auf, dann ist die Behandlung im Schrifttum eine verschiedene. Nach der einen Ansicht ist derjenige, welcher als Vertreter ausgeschickt wird und die WE. als eine solche des Geschäftsherrn ausrichtet, „Bote" [292]). Hupka [293]) hält die §§ 120/122 für unanwendbar; denn § 120 setze voraus, daß die Mittelsperson „zur Übermittelung verwendet" worden sei. Die Gehilfenerklärung sei nichtig und es sei weder eine Haftung des Absenders nach § 122 noch der Mittelsperson nach § 179 begründet. Richtig ist die Meinung von Oertmann [294]), daß die Botenmacht nicht ohne weiteres als ein Minus in der Vollmacht enthalten ist, weil die Wirkung in beiden Fällen eine verschiedene ist. Der Vertretene haftet nur im Rahmen der erteilten Vollmacht, der Absender nach § 120 auch für die unrichtig übermittelte E. „Möglich" ist jedoch, daß die Vollmacht zugleich die Botenmacht umfaßt.

Es ist Cohn [295]) zuzustimmen, daß die Mittelsperson sich auf das Innenverhältnis zum Auftraggeber berufen kann und der Absender bezw. Vertretene das RG. in dem Umfange gegen sich gelten lassen muß, wie wenn die Mittelsperson sich auftragsgemäß verhalten hätte.

Gibt der Bote die E. als seine eigene ab, so liegt keine Übermittlung im Sinne von § 120 vor. Der Bote haftet dem Dritten gegenüber persönlich [296]). Der Absender kann nach § 177 genehmigen. Der Bote kann auch hier gemäß dem Innenverhältnis Eintritt des Absenders innerhalb der Botenmacht verlangen.

290) Aßmann S. 54; Cohn S. 23 u. Anm. 37 mit reichhaltiger Literatur; Düringer Bd. 4, S. 132, Anm. 164; Fleck S. 361; Hellwig S. 357 Zif. 5; Matthiaß § 56 I, S. 125; Matthiessen JW. 1924, S. 659 ff.; Sperber S. 34.

291) Düringer Bd. 4, S. 132 Anm. 164; Hupka, Haftung d. Vertr., S. 110; Warneyer Kom. § 120 S. 191, Abs. 3.

292) Lehmann § 36, I 1 a S. 265.

293) Haftung des Vertr. S. 111, Anm. 1.

294) Kom. vor § 164 Zif. 7, c S. 601; ebenso Cohn S. 41 c.

295) S. 43.

296) Lehmann § 36 I 1 a S. 265.

2. Der Empfangsbote (EB.).

a) Ebenso wie der Absender, kann sich auch der Empfänger eines Boten bedienen, sei es, daß er ihn lediglich mit der Abholung der E. beauftragt (Holbote), oder daß er ihn zunächst als Absendungsboten verwendet und daß er zugleich die Antwort zurückbringen soll (Rückbote). Trifft der Erklärende den Gegner in seiner Wohnung oder in seinem geschäftlichen Betriebe nicht an, so kann er die E. einem Haus- oder Betriebsangehörigen (Hausbote) zur Ausrichtung an den Empfänger übergeben.

In allen diesen Fällen spricht man vom „EB." [297]). Er unterscheidet sich vom Absendungsboten dadurch, daß er auf dem anderen Ende der Übermittlung, auf Seiten des Empfängers steht. Wie bei der Abgabe Bote und Stellvertreter zu unterscheiden sind, so auch beim Empfang der EB. und der sog. passive Stellvertreter [298]). Darin stimmen Absendungsbote und EB. überein, daß beide Werkzeuge zur Übermittlung fremder WEn. sind. Wie man den Absendungsboten mit dem Mund, dem Sprachrohr des Absenders vergleicht, so den EB. mit dem Ohr, dem Hörrohr, dem Briefkasten des Empfängers [299]). In der Literatur wird dem Empfangsboten eine verschiedene rechtliche Stellung gegeben. Er wird als Bote des Erklärenden, als Stellvertreter und auch als Bote des Empfängers betrachtet.

Die Zugehörigkeit eines Boten richtet sich danach, wer ihn beauftragt hat. Das ist beim EB. der Empfänger. Den EB. als Boten des Erklärenden anzusehen [300]), widerspricht den Tatsachen [301]).

Hellwig [302]) bezeichnet den Rückboten als Stellvertreter des Empfängers. Denkt man an den Unterschied zum Boten, daß der Vertreter der rechtsgeschäftlich Handelnde ist, daß „er" den Willensentschluß faßt, allerdings namens des Vertretenen, so ergibt sich ohne weiteres, daß diese Eigenschaften auf den EB., der lediglich ermächtigt ist, die E. in Empfang zu nehmen und an den Empfänger zu übermitteln, nicht passen. Es würde mit dem W. des Empfängers unvereinbar sein, seinem Boten eine solche Stellung einzuräumen [303]). Insbesondere aber steht

297) Vgl. Cohn S. 2, Abs. 2 u. B III.
298) Enneccerus § 166 I 2 a S. 546.
299) Hellwig S. 356, Anm. 12 lehnt den Vergleich beim EB. ab.
300) So Aßmann S. 71; Plettenberg S. 54; Sperber S. 23; Cohn S. 9 Anm. 12.
301) Voswinkel S. 390.
302) S. 355, JW. 1905 S. 357 ff.
303) Einfluß der Willensmängel des Vertr. nach § 166.

entgegen, daß bei der Annahme von Stellvertretung in den zahlreichen Fällen der Mitwirkung von Kindern unter 7 Jahren die RG. nichtig sein würden, da bei der Stellvertretung wenigstens beschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich ist (§ 165) [304]).

Es bleibt nur noch übrig, den EB. als Boten des Empfängers zu betrachten. Da er auf Seiten des Empfängers steht, bezeichnet man ihn auch als passiven Boten [305]). Die herrschende Meinung erkennt heute den Empfangsboten an [306]).

b) Die Zurechnung des Empfangsboten und seiner Tätigkeit.

aa) Die Mittelsperson ist Holbote, wenn der Empfänger sie zum Zwecke der Abholung einer E. beauftragt hat.

Zweifelhaft ist es schon beim Rückboten. Allein aus der Tatsache, daß ein Absendungsbote eine Antwort zurückbringt, läßt sich nicht schließen, daß er Rückbote, d. h. auch für die Antwort Bote des Offerenten ist. Es mag daher im einzelnen Falle die Behauptung der Vertreter der Theorie, die den Rückboten als Boten des Anerklärten betrachtet, richtig sein, der Offerent stelle dem Anerklärten seinen Boten zur Verfügung und überlasse es ihm, ob er ihn auch für die Antwort benutzen wolle. Wesentlich ist, in wessen Interesse die Rückantwort erfolgt. Der Rückbote ist dann EB., wenn er von dem Offerenten ausdrücklich oder stillschweigend nach dem Inhalte der Offerte beauftragt und ermächtigt ist, zugleich die Antwort des Anerklärten mitzubringen [307]). Im Zweifel ist er Bote des Anerklärten [308]).

Die dritte Gruppe der EBn. bilden die Hausboten. Hier läßt sich erst recht keine allgemeine Regel aufstellen, inwieweit diese Personen ermächtigt sind, En. für den Haus- oder Geschäftsherrn in Empfang zu nehmen. Hinsichtlich des Empfanges von „schriftlichen" En. ist die Frage im allgemeinen zu bejahen. Bei „mündlichen" En. kommt es auf die Schwierigkeit der Übermittlung nach dem Inhalt der E. an. Auch hier ist zu sagen, daß erwachsene Familienangehörige und Dienstboten, soweit sie nach ihrer geistigen Fähigkeit zur

304) Vgl. zur Theorie Hellwigs: Cohn S. 8; Falkmann S. 36, Zif. 4; Kolping S. 27; Plettenberg S. 59; Sperber S. 23; Voswinkel S. 388 ff.

305) Cohn S. 12.

306) Cohn S. 12, Anm. 19 mit erschöpfender Literaturangabe; Düringer Bd. 4 S. 133 Anm. 165.

307) Vgl. Enneccerus § 166 I 2 b, S. 547.

308) Über die einschränkende Kennzeichnung des Rückboten als EB. und über die Änderung der Eigenschaft als EB., wenn der Anerklärte die Antwort gegen den Willen des Offerenten mündlich statt schriftlich dem Boten übergibt, s. Titze Mißv. S. 293.

Übermittlung der in Frage stehenden mündlichen E. imstande sind, sowie Geschäftsangestellte für den Empfang von mündlichen En., wie es in Betrieben der gegebenen Art üblich ist, ermächtigt sind [309]). Die Ermächtigung kann auch stillschweigend erteilt werden, so vor allem, wenn die betreffende Person in früheren Fällen unbeanstandet durch den Empfänger derartige En. in Empfang genommen hat.

Wie schon beim Rückboten, so gilt hier in erhöhtem Maße, daß die Hausboten nur dann als Empfangsboten anzusehen sind, wenn ihre Ermächtigung nachgewiesen ist. Diese kann sich allerdings aus den gesamten Umständen, dem vorherigen Verhalten und der Verkehrssitte ergeben [310]). Im Zweifel sind die betreffenden Personen Boten des Erklärenden; denn wegen der mit dem EB. für den Empfänger verbundenen Gefahr kann der Erklärende nicht die Haus- und Betriebspersonen zu Boten des Empfängers machen [311]).

bb) Die Tätigkeit des Empfangsboten ist dem Empfänger dann zuzurechnen, wenn die E. mit der Abgabe an ihn wirksam geworden ist. Den Zeitpunkt der Wirksamkeit von WEn. regelt § 130. Danach tritt die Wirksamkeit mit dem „Zugang" ein. Die Ermittlung des Zeitpunktes der Wirksamkeit ist deshalb von ausschlaggebender Bedeutung, weil von dem Augenblick ab die Gefahr der unrichtigen Übermittelung dem Empfänger zuzurechnen ist. Läßt man den Zugang nicht in dem Augenblicke der Abgabe an den Boten eintreten, dann geht die E. überhaupt nicht zu, wenn der Bote die Abgabe unterläßt oder sie entstellt übermittelt. Daraus wird dann gefolgert, daß die E. nichtig sei.

Aus der Tatsache, daß Anwesende regelmäßig mündlich und Abwesende schriftlich verkehren, wird die Unterscheidung nach mündlichen und schriftlichen En. gemacht. Doch werden auch unter Anwesenden En. schriftlich, z. B. wegen Formbedürfnisses, übergeben. Oertmann [312]) hält die Unterscheidung zwischen verkörperten und nicht verkörperten En. für besser. Aus diesen verschiedenen Bezeichnungen und dem Sinn des § 130 geht hervor, daß die WEn. unter Abwesenden mit der Abgabe nicht ohne weiteres, sondern erst durch die

309) Über die Empfangsbotenmacht der Betriebsangehörigen im Fernsprechverkehr s. Staub Anhang zu § 361, Anm. 31, S. 426.

310) Staudinger Kom. § 120, Zif. 8, S. 494: Die Abgabe an den EB. muß „überhaupt gestattet" sein; Voswinkel S. 395: Die Abgabe muß „verkehrsüblich" sein.

311) Vgl. Titze S. 314.

312) Kom. § 130, Zif. 4, a S. 460.

Mitwirkung eines Vermittlungsorgans zur Kenntnis des Empfängers gelangen.

Die Erörterung von Cohn [313]), ob es sich beim Empfangsboten um WEn. unter An- oder Abwesenden handelt, hat für uns keine praktische Bedeutung, da wir oben bereits zu dem Ergebnis gekommen sind, daß § 130 auch auf WEn. unter Anwesenden auszudehnen ist [314]). Wegen der grundsätzlichen Beurteilung der Vermittlerstellung des EB. ist jedoch zu den Ausführungen Cohn's Stellung zu nehmen.

Der EB. leistet ebenso wie der Absendungsbote nur faktische Beihilfe. Er übernimmt auch die E. und bringt sie zum Empfänger. Auf wessen Seite er steht, macht für die rechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit keinen Unterschied. Wenn Cohn aus dem Gegensatz zum Stellvertreter folgert, der EB. trete nicht an die Stelle der Partei, so trifft das im Zusammenhange hier nicht zu; denn der Empfangsbote leistet nur „tatsächliche" Beihilfe. Insoweit tritt er aber an die Stelle der Partei. Es ist rechtlich genau dasselbe, ob der Erklärende unmittelbar die E. selbst abgibt, oder ob er sich eines Mittlers bedient. Nicht anders ist es bei dem Empfang einer E. Der EB. ist bei mündlichen En. das „Höhrrohr", das „verlängerte Ohr" [315]) des Empfängers oder bei schriftlichen En. „sein" Briefkasten [316]). Wie diese Vermittlungsinstrumente, so leistet auch der EB. faktische Beihilfe und tritt dadurch an die Stelle der Partei. Bei der Abgabe einer E. an den Empfangsboten handelt es sich daher um eine E. unter Anwesenden, zumal dies beim Absendungsboten ebenso der Fall ist [317]). Die Folge davon ist, daß die E. in dem Augenblick des Empfanges durch den EB. dem Empfänger zugeht [318]). Entsprechende Anwendung von § 130 ist zwingend, da nicht mehr verlangt werden kann als bei En. unter Abwesenden [319]).

Cohn [320]) kommt von der Annahme, beim EB. handele es sich um En. unter Abwesenden zu dem Ergebnis, daß weder bei schriftlichen noch bei mündlichen En. der Zugang mit der Abgabe an den EB. erfolgt sei. Niemand könne sich die Kennt-

313) S. 48.
314) s. Literatur bei Cohn, S. 51, Anm. 84.
315) DJZ. 1926 S. 524.
316) Rehbein Kom. Bd. I S. 251 a; Sommer S. 21.
317) Falkmann S. 37; Planck § 130, Zif. 4 S. 334; Warneyer § 130 III S. 222; Rspr. OLG. 8/27.
318) Voswinkel S. 388.
319) So Oertmann Kom. § 130, Zif. 4 a S. 459.
320) S. 54.

nis des Inhalts von Schriftstücken allein durch eigene Tätigkeit verschaffen, wenn diese sich in der Hand eines anderen befänden. Solange sich der EB. noch unterwegs befinde, hänge es auch von ihm ab, ob der Herr Kenntnis von dem Inhalt nehmen könne oder nicht. Das ändere sich erst mit der Aushändigung des Schriftstücks. Bis dahin sei die Stellung des Herrn zu der E. keine günstigere als die jedes Dritten. Zunächst ist hierzu zu sagen, daß für den Zugang die Kenntnisnahme unerheblich ist. Das Gesetz hat die Empfangstheorie als den Mittelweg zwischen der Absendungs- und Vernehmungstheorie gewählt. Dadurch soll gerade die Wirksamkeit der E. nicht vom W. des Empfängers abhängig gemacht und die E. auch bei dessen Abwesenheit wirksam werden. In diesem Falle hat der Empfänger ebensowenig die Möglichkeit, von dem Inhalt der E. Kenntnis zu nehmen, wie wenn sein Bote noch unterwegs ist. Cohn verkennt sodann das Wesen des EB. als eines Organs, dessen Handlungen dem Herrn ohne weiteres wie seine eigenen zugerechnet werden, wenn er annimmt, die Stellung des Geschäftsherrn sei bis zur Aushändigung des Schriftstücks keine günstigere als die jedes Dritten.

Keinen Unterschied macht es für den Zugang, ob die E. schriftlich oder mündlich übergeben wird; denn es ist im Wesen das Gleiche, ob der Bote die E. in verkörpertem Zustande erhält oder sie in sein Gedächtnis aufnimmt. Die größere Entstellungsgefahr ist hierbei nicht maßgeblich[321]). Auch das Reichsgericht macht zwischen mündlichen und schriftlichen Erklärungen keinen Unterschied[322]).

Eine besondere Behandlung erfordert der sog. Hausbote, da durch die Aushändigung an ihn der Zugang auch wegen seiner Eigenschaft als Haus- oder Betriebsangehöriger bewirkt wird. Darüber ist man sich einig, daß eine schriftliche E., welche in der Wohnung einem Hausangehörigen oder im Geschäftsbetriebe einem Angestellten übergeben wird, damit dem Empfänger zugegangen und wirksam geworden ist[323]). Hier wird die E. wirksam, nicht durch den EB., sondern weil sie dem Empfänger selbst zugegangen ist. Cohn ist gezwungen, von dem Grundsatze, daß die E. erst mit der Ausrichtung

321) Vgl. Cohn S. 52 II a.

322) RGZ. Bd. 60 S. 336; Bd. 102 S. 296. Wenn das Reichsgericht bei mündlichen En. höhere Anforderungen stellt, so betrifft das die Frage, ob die Person EB. ist; vgl. Cohn S. 52 Anm. 85.

323) Vgl. Cohn S. 100 Anm. 1 u. 2 betr. Rspr. u. Literatur; Dernburg BR. § 132 II B. 1 S. 447.

an den Empfänger wirksam werde, hier die Wirksamkeit mit der Aushändigung an den EB. eintreten zu lassen, wenn er sich im Hause oder Geschäftslokal befindet [324]).

Cohn läßt bei mündlichen En. an den Hausboten die E. erst mit der Ausrichtung an den Empfänger wirksam werden [325]). Das steht mit unserer Stellungnahme, nach welcher die schriftlichen und mündlichen En. gleich behandelt werden [326]), und die mit der Rechtssprechung des Reichsgerichts [327]) übereinstimmt, im Widerspruch.

Die Folgerung aus der Bejahung des Zugangs mit der Übergabe der E. an den EB. ist, daß die E. in diesem Zeitpunkt wirksam wird und der Empfänger von da ab die Folgen der unrichtigen Bestellung trägt. Diese Gefahrtragung wird in der Literatur vielfach [328]), ohne auf § 130 zurückzugehen, dem Empfänger deswegen auferlegt, weil der EB. „seinem" Rechtsgebiet angehört. Die E. i. S. von Erklärungshandlung ist in dem Augenblick der Übergabe vollendet und der Empfänger muß sie in dem Umfange gegen sich gelten lassen, wie sie dem EB. übergeben worden ist [329]). § 120 gewährt die richtige Lösung. Cohn [330]) lehnt die analoge Anwendung des § 120 ab, weil der Fall der Übermittlung durch einen EB. ein in § 120 nicht vorgesehenes, wesentliches Tatbestandselement, die EB.-Ermächtigung enthalte. Das ist nicht einleuchtend; denn der Absendungsbote bedarf ebenfalls einer Ermächtigung. Wendet man § 120 nicht auf den EB. an, so gibt es für diesen überhaupt keine gesetzliche Grundlage. Seine Anwendung ist aber wegen Übereinstimmung der Tätigkeit des EB. mit der des Absendungsboten unabweisbar. Diese Folgerung wird auch im Schrifttum gezogen [331]). Eine stillschweigende Vereinbarung dahin, daß die E. bereits mit der Abgabe an den EB. wirksam sein soll, würde anzunehmen sein, wenn nicht schon nach unserer Ansicht die E. ohnehin in dem angegebenen Zeit-

324) S. 107, b.

325) S. 111, 113.

326) Ebenso Staub Kom. § 361, Anm. 8.

327) U. a. RGZ. Bd. 105 S. 256.

328) Düringer Bd. 4, S. 133, Anm. 165; Enneccerus § 157, Anm. 9 u. § 166 I 2 c u. Anm. 12; Hölder, Zur Theorie d. WE. (Sonderabdr.) S. 11 ff., Kom. § 130, Zif. 3, S. 293; Jung BR. S. 594; Marcus Recht 07/47; Monich S. 83; Sommer, S. 21; Staub Anh. zu § 361, Anm. 31; Voswinkel S. 396; Warneyer § 120 u. Anm. 8, S. 191; Literatur bei Cohn S. 54, Anm. 91; JW. 02/632 (weiterbefördern = EB.) DJZ. 1926, S. 524.

329) Vgl. Einwand von Leonhard gegen Cohn dort Anm. 95.

330) S. 54.

331) U. a. Düringer Bd. 4, S. 133, Anm. 165.

punkt wirksam würde. Aus der Tatsache, daß der Absender den Boten mit der Abholung der E. beauftragt, ist zu folgern, daß er den Eintritt der beabsichtigten Rechtsfolgen möglichst frühzeitig wünscht. Die Behauptung von Cohn [332]), eine solche Annahme würde keineswegs der Billigkeit entsprechen, kann nicht als richtig anerkannt werden.

Es bleibt noch übrig, den Zugang von WEn. für die Fälle zu betrachten, in denen die Mittelsperson Bote des Erklärenden ist. Es gelten hier dieselben Grundsätze wie für En. unter Anwesenden. Eine schriftliche E. wird wirksam mit der Übergabe, eine mündliche, wenn der Empfänger die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen. Eine besondere Betrachtung erfordert wiederum die Abgabe der En. an Haus- und Betriebsangehörige. Hier kreuzen sich die Grundsätze über den Zugang und die Gefahrtragung des Empfängers für den EB. Für den Zugang gilt die Empfangstheorie. Die E. soll wirksam werden, wenn der Erklärende seinerseits alles getan hat und dem Empfänger nach der Verkehrsauffassung die Wahrnehmung ermöglicht ist. Es sind daher nicht allzu große Anforderungen zu stellen, wenn die E. an einen Haus- oder Betriebsangehörigen abgegeben wird. Eine schriftliche E. ist hiernach mit der Abgabe in der Wohnung des Empfängers an dessen 6jähriges Kind zugegangen. Anders ist es dagegen, wenn diese Personen als EB. auftreten. Dann wird die E. mit der Abgabe an sie wirksam und der Empfänger trägt die Gefahr der Entstellung. Hierin liegt der Grund, weshalb die Hausgenossen nur dann als EB. zu betrachten sind, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend unter Berücksichtigung der Verkehrssitte dazu ermächtigt sind. Es kann dem Erklärenden nicht zugestanden werden, einen Angehörigen des Empfängers zu dessen EB. zu machen und dem Empfänger dadurch die Gefahrtragung aufzubürden. Theoretisch wäre denkbar, beim Boten des Erklärenden den Zugang einer Erklärung, z. B. zur Wahrung einer Frist, unter erleichterten Bedingungen, etwa mit der Abgabe an jede beliebige Person im Hause oder Betriebe des Empfängers eintreten zu lassen, den Erklärenden aber bis zur Kenntnisnahme der E. die Gefahr tragen zu lassen. Das ist jedoch praktisch nicht möglich, da mit dem Zugange die Wirksamkeit und zugleich ohne weiteres die Gefahrübernahme durch den Empfänger eintritt. Damit kommen wir auf die Schwierigkeit, die in der Rechtssprechung des Reichsgerichts zutage tritt, welche Wirkung die Abgabe von En. an die fraglichen Per-

---

332) S. 55.

sonen hat. Das Bestreben des Reichsgerichts tritt deutlich in Erscheinung, zwischen den widerstreitenden Interessen, möglichst frühzeitiger Zugang für den Erklärenden und die Einschränkung der Gefahrübernahme für den Empfänger, einen ausgleichenden Mittelweg zu finden. Das Reichsgericht geht für den Zugangsbegriff ziemlich weit. Es erachtet schriftliche wie auch mündliche En. mit der Abgabe an einen Familienangehörigen oder Dienstboten in der Wohnung des Empfängers als zugegangen [333]). Für Betriebsangehörige erklärt es [334]), daß ebenso, wie eine briefliche E. in der Regel mit der Abgabe des Briefes an eine empfangsbefugte Person in der Wohnung oder im Geschäftslokal des Empfängers als diesem zugegangen gelte, so eine im Geschäfte des Kaufmanns in seiner Abwesenheit ankommende telephonische E. ihm in dem Augenblick zugehe, in dem sie von einem dazu Befugten, als welcher in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Geschäfts anzusehen sei, entgegen genommen werde. In einer späteren Entscheidung [335]) führt es aus, eine in Abwesenheit des Kaufmanns eingehende Anzeige müsse als in dem Zeitpunkte gemacht angesehen werden, in dem sie in Geschäftsräumen von einem seiner Angestellten entgegengenommen werde. Auf das Mittel könne es dabei nicht entscheidend ankommen. Die mündliche Mitteilung sei ebenso zugegangen wie eine schriftliche Nachricht. Die mündliche E. stehe aber der durch Fernsprecher vermittelten gleich. Gerade für diese En. sei eine andere Beurteilung ausgeschlossen.

Bei diesem weiten Zugangsbegriff sucht das Reichsgericht [336]) den Empfänger dadurch zu schützen, daß es bei mündlichen En. Einschränkungen macht. Ein Unterschied ergebe sich daraus, daß bei mündlichen En. an die Mittelsperson erheblich höhere Anforderungen gestellt werden müßten. Der Erklärende habe nachzuweisen, daß die Mittelsperson zur Wiedergabe der E. geeignet sei. Es reiche nicht wie beim Briefe die häusliche Gemeinschaft aus, sondern die Mittelsperson müsse die erforderliche geistige Fähigkeit besitzen. Diese Voraussetzung werde bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sein. Durch diesen letzten Satz wird die Einschränkung nicht allzu erheblich. Man sieht, wie das Reichsgericht sich von dem praktischen Bedürfnis leiten läßt, wenigstens den erwachsenen Hausgenossen die Befugnis zur Ent-

333) RGZ. Bd. 60 S. 334.
334) RGZ. Bd. 61 S. 127.
335) RGZ. Bd. 102 S. 295 ff.
336) RGZ. Bd. 60 S. 336.

gegennahme auch mündlicher En. zuzusprechen. Wenn das Reichsgericht aber weiter sagt: „Ist aber die mündliche E. dem Erklärungsgegner richtig mitgeteilt, dann steht die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers ebenso fest wie die der brieflichen Mitteilung", so bedarf es keiner Begründung, daß diese Beweisführung unlogisch ist. Dieselbe Person kann in demselben Falle nicht EB. werden, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sie richtig übermittelt hat, dagegen Bote des Erklärenden sein, wenn sie die E. entstellt ausrichtet; denn dann gäbe es keinen EB., der unrichtig übermittelte. Höchstens kann die richtige Übermittelung als Rückschluß dafür dienen, daß die Person als EB. geeignet war. Das Reichsgericht hätte daher zunächst die Stellung der Mittelsperson, ob Absendungs- oder EB., und erst dann den Zugang der E. prüfen müssen. Im Ergebnis ist jedoch den Ausführungen des Reichsgerichts beizutreten [337]).

cc) Die Bedeutung der Frage, in welchem Zeitpunkte die Wirksamkeit der En. eintritt, zeigt sich in den Fällen der unrichtigen Übermittelung durch den EB. Nimmt man an, daß die E. mit der Übergabe an den EB. dem Empfänger zugeht und die weitere Tätigkeit des EB. als eines Vermittlungsorgans des Empfängers diesem zuzurechnen ist, dann muß der Empfänger bei unrichtiger Übermittelung die E. so gelten lassen, wie sie seinem Boten übergeben worden ist.

Die gegenteilige, von Cohn [338]) und Titze [339]) vertretene Ansicht kommt zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, in denen der EB. die E. entweder überhaupt nicht oder unrichtig übermittelt, die E. unwirksam sei, weil es an dem Zugange fehle, im Falle der Entstellung aber die dem Empfänger zugegangene E. nicht dem W. des Absenders entspreche. Das Ergebnis bedarf schon aus dem Grunde einer Nachprüfung, weil das Gesetz der Nichtigkeit feindlich gesinnt ist. In den §§ 116—118 sind die En. nichtig, weil der GW. bewußt fehlt. In dem Hauptfalle des § 119 sowie in § 120 und sogar bei der durch Täuschung oder Drohung veranlaßten Abgabe einer E. nach § 123 ist nur Anfechtbarkeit gegeben. Starke Zweifel an der Richtigkeit der Lösung ergeben sich auch aus dem Grunde, weil wir mit demselben Ergebnis im gemeinen Recht begonnen haben. Dort fand sich dieselbe Formel: Der Vertrag ist nichtig; denn das Gewollte ist nicht erklärt und das Erklärte ist

337) Vgl. Cohn S. 110, b. Über die Berechtigung zur Annahme mündlicher En. durch Haus- und Geschäftsangehörige s. Cohn, S. 113 B I b.

338) S. 65.

339) Mißv. S. 300.

nicht gewollt [340]). Daß das Ergebnis von der Praxis nicht gebilligt wurde und auch die gegenteilige Ansicht in der Literatur des gemeinen Rechts immer mehr an Boden gewann, wurde oben dargelegt.

Cohn [341]) sucht seine Lehre gegen den Vorwurf der Unbilligkeit zu verteidigen. Gegen die Behauptung von Voswinkel, die E. müsse deswegen in der dem EB. übergebenen Form gelten, weil der Herr des EB. dem Erklärenden diesen EB. als Mittelsperson aufgenötigt habe, wendet Cohn ein, eine solche Nötigung bestehe gar nicht, der Erklärende habe jederzeit die Möglichkeit, sich eines anderen Übermittlungsweges zu bedienen. Dieser Einwand geht fehl. Wir haben den Begriff des EB. dahin festgelegt, daß er auf Seiten seines Herrn steht, daß auch der Hausbote im überwiegenden Interesse des Haus- und Geschäftsherrn tätig wird und daß hiernach die Mittelsperson, wenn Zweifel bestehen, für wen sie handelt, nicht EB., sondern Bote des Erklärenden, Absendungsbote ist. Voswinkel hat Recht, wenn er von einer Aufnötigung des EB. spricht; denn der Anerklärte hat nach den gegebenen Umständen keine andere Möglichkeit, dem Offerenten Antwort zu geben. Er hat keine Veranlassung, eigens zu dem Zwecke, um dem Offerenten in dessen Interesse die Antwort zu verschaffen, auf eigene Kosten einen Boten zum Offerenten zu schicken. Der Anerklärte sagt: „Ich bin gern bereit, Antwort zu geben, und wenn der Bote sie mitnimmt, so ist es mir recht; aber die Gefahr der Entstellung übernehme ich nicht".

A. hat eine Ware zu verkaufen. Er schickt seinen Boten B. mit einer Offerte an C. Dieser kann die Ware überall haben und legt keinen besonderen Wert auf den Abschluß des Kaufs mit A. Wenn B. diese Antwort zurückbringt, dann ist er EB. des A.

Kann A. dagegen die Ware einfacher und bequemer anderswo verkaufen, bietet er dagegen durch seinen Boten B. die Ware dem C. aus Entgegenkommen an, weil dieser ihn früher um Überlassung der Ware gebeten hatte, so ist B. bei Mitnahme der Antwort Absendungsbote des C.

Das Beispiel von Cohn [342]) kann deswegen nicht verallgemeinert werden, weil es nicht verkehrsüblich ist, daß ein Fernsprechteilnehmer, der auf eine Offerte sofortige Antwort

340) Windscheid Bd. 2, § 309, Zif. 2, S. 247.

341) S. 64 ff.

342) S. 64: Dem Laufburschen, der sofort die Antwort auf die überbrachte Offerte mitnehmen will, wird erwidert, die Antwort werde telephonisch erfolgen.

wünscht, erst seinen Laufburschen schickt, anstatt sich sogleich des Fernsprechers zu bedienen.

Cohn [343]) macht sogar seinerseits der gegnerischen Meinung den Vorwurf der Unbilligkeit, da sie das Risiko lediglich dem Herrn des EB. auferlege, anstatt es gleichmäßig zu verteilen. Die Bestellung des EB. liege im Interesse beider Parteien. Bei der von ihm verfochtenen Meinung trete dagegen eine gerechte Verteilung des Risikos unter beide Parteien ein.

Diese Ausführungen verkennen die Wirklichkeit. Der Offerent ist der aktiv handelnde Teil. In seinem Interesse beauftragt er den Boten. Daß beide Parteien Vorteile aus dem Geschäfte erwarten, kann nicht entscheidend sein. Das trifft letzten Endes bei jedem rechtsgeschäftlichen Handeln zu. Hier kommt es darauf an, wer das primäre Interesse hat. Von einer gerechten „Verteilung" des Risikos unter die Parteien kann erst recht keine Rede sein. Ein Verteilen setzt ein Abwägen für und wider und ein daraus sich ergebendes Zuteilen des Schadens voraus. Wenn aber infolge der unrichtigen Übermittlung das RG. nichtig wird, dann steht damit ohne weiteres die Haftung fest. Abgesehen vom entgangenen Gewinn trifft der Schaden regelmäßig nur die eine Partei. Es hängt von der Art des RG. ab, welche Partei zufällig den Schaden zu tragen hat. In dem Fall Weiler/Oppenheim bestand der Schaden in dem Kursunterschied, den bei unrichtiger telegraphischer Übermittlung der Empfänger des Telegramms allein zu tragen hätte. Dem entgangenen Gewinn des Absenders aus dem Kauf der Wertpapiere steht für den Empfänger außerdem noch der Verlust der Provision gegenüber.

Dagegen kann man von einer „Verteilung" des Schadens bei der Regelung nach §§ 120/119/122 reden. Der Erklärende haftet zunächst, hat aber das Anfechtungsrecht. Macht er von dem Rechte Gebrauch, dann sind zwar die Wirkungen der E. rückwirkend beseitigt, er hat dafür aber dem Gegner das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Das Gesetz befreit ihn von der Haftung für die unrichtig übermittelte E.; aber der Empfänger darf dadurch nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Übermittlung überhaupt nicht erfolgt wäre.

Selbst wenn man dem Absender des EB. das Anfechtungsrecht nicht zuerkennt, ist es nur gerecht und billig, ihn nach Maßgabe der seinem Boten übergebenen E. haften zu lassen; denn der EB. ist „sein" Organ. Dessen Tätigkeit ist

343) S. 64.

ihm zuzurechnen und er ist daher für die Folgen der unrichtigen Übermittlung verantwortlich.

Cohn stützt sich auf Titze, dessen Lehre sich in gleicher Richtung bewegt[344]). Die unbilligen Folgen dieser Theorie zeigen sich aber besonders deutlich in den Fällen, wo die dem EB. mitgegebene E. in ihrer Wirksamkeit an eine Frist gebunden ist[345]). Titze sieht sich hier genötigt, zur Milderung der offensichtlichen Härten bei unrichtiger oder unterlassener Übermittelung durch den EB. die E. gelten zu lassen, wenn der Erklärende das RG. unverzüglich nach Kenntnis der Unrichtigkeit von neuem vornimmt, auch wenn die Erklärungsfrist im Augenblick des Zuganges bereits verstrichen ist[346]).

Im Ergebnis muß hiernach die Lehre, die bei unrichtiger Übermittlung durch den EB. die E. nichtig sein läßt, in ihrer Begründung als verfehlt und in ihrer praktischen Auswirkung als unhaltbar bezeichnet werden. Daß die Entscheidung den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht wird, zeigt folgendes Beispiel: „Der Lotteriespieler A. hat die rechtzeitige Erneuerung seiner Losnummer vergessen. Er schickt im letzten Augenblick seinen Boten B. zum Lotterieeinnehmer C. Der Bote erhält das betreffende Los ausgehändigt. Unmittelbar nach dem Weggang des B. erhält C. die Nachricht, daß auf das soeben verkaufte Los des A. ein hoher Gewinn entfallen ist. C. holt B. noch ein und läßt sich von B. das Los zurückgeben."

Nach der Ansicht von Cohn und Titze ist die Annahmeerklärung der Offerte dem A. noch nicht zugegangen. C. ist daher zum Widerruf berechtigt, § 130 Abs. 1 Daß diese Entscheidung unbillig ist, kann nicht bestritten werden. An dem Beispiel zeigt sich auch, daß die hier vertretene Ansicht dem Zwecke des EB. entspricht. Der Absender erstrebt einen rechtlichen Erfolg, zu dessen Erreichung er seinen Boten verwendet. Daraus folgt, daß er den Erfolg möglichst bald erreichen will. Dem entspricht es, daß die E. mit der Übergabe an den Boten wirksam wird. Daß er damit die Gefahr der unrichtigen Übermittlung übernimmt, folgt schon aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß mit den Vorteilen zugleich auch die Nachteile zu tragen sind.

c) Findet der § 120 Anwendung auf den EB.? Dagegen wird zunächst geltend gemacht, § 120 spreche nur von der „Übermittelung" einer WE. Eine Übermittlung finde nur beim Absendungsboten statt.

344) Mißv. S. 298 ff.
345) Vgl. hierzu Cohn S. 70 II.
346) Titze Mißv. S. 302.

Diese Einschränkung läßt sich weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn von „Übermittelung" halten. Die E. muß zur Wirksamkeit vom Absender zum Empfänger gelangen. Hierfür wird der Bote benutzt. Ob diese Handlung vom Absendungs- oder EB. ausgeübt wird, kann keinen Unterschied machen; denn dieselbe Tätigkeit kann nicht ein „übermitteln" beim Absendungsboten sein, dagegen nicht unter den Begriff „übermitteln" fallen, wenn sie vom EB. ausgeübt wird.

Schwerwiegender ist der Einwand bezüglich der Anfechtung. Das Gesetz lasse eine Anfechtung nur zu, wenn der Erklärende über den Inhalt „seiner" E. im Irrtum sei, § 119. Beim EB. irre der Empfänger nicht über „seine" E., infolgedessen könne der Absender des EB. nicht anfechten.

Im Schrifttum wird zwar bezüglich der Haftung für den EB. die entsprechende Anwendung des § 120 anerkannt, daß nämlich der Absender des EB. die E. ebenso gegen sich gelten lassen muß wie der Absender eines Absendungsboten für die von diesem unrichtig übermittelte E. [347]). Dagegen versagt die Mehrzahl der Schriftsteller das Anfechtungsrecht dem Absender des EB., lehnt also die Anwendung des § 120 auf den EB. ab [348]). Eine überzeugende Begründung vermißt man jedoch.

Das BGB. hat nicht das Boteninstitut geregelt und auch nicht regeln wollen. Die Telegraphenprozesse und die sich daran anschließende lebhafte Erörterung der Haftungsfrage in der Literatur des gemeinen Rechts zeigte die Notwendigkeit, die Haftung für den durch unrichtige Übermittelung entstandenen Schaden gesetzlich zu regeln. Das gab die Veranlassung, den § 120 in das Gesetz aufzunehmen. Infolgedessen regelt § 120 allgemein die Folgen der unrichtigen Übermittlung, worunter unstreitig vor allem auch die Tätigkeit des Boten fällt. Die Verfasser des BGB. waren vielfach nicht in der Lage, eine nähere gesetzliche Regelung zu treffen, weil die Wissenschaft noch nicht genügend vorgearbeitet hatte. Das trifft auch für den Boten und insbesondere für den EB. zu. Die Verfasser haben diesem Umstande bewußt Rechnung getragen, um der wissenschaftlichen Entwicklung nicht vorzugreifen. In den Materialien zum BGB. ist dies an zahlreichen Stellen ausdrücklich gesagt [349]). Daß der § 120 „keine" Anwendung auf

347) So Düringer Bd. 4, S. 133 Anm. 165.

348) Cohn S. 10; Düringer a. a. O.; Falkmann S. 37; Hölder (Sonderabdr. aus d. Festschr. f. Degenkolb) S. 11; Löwenwarter S. 26; Oertmann Kom. § 120 Zif. 8, S. 414; Planck Kom. § 120 Zif. 2, S. 293; Schmalfuß S. 31; Staudinger Kom. § 120 Zif. 8, S. 494; Titze Mißv. S. 297 ff.; Voswinkel S. 394; Warneyer Kom. § 120 S. 191.

349) Das kommt auch in den Materialien, soweit sie im Laufe der Arbeit benutzt sind, zum Ausdruck:

den EB. finden sollte, ist nirgends ersichtlich. Es ist also nur die Frage, ob § 120 so weit auszulegen ist, daß er auch den EB. umfaßt.

§ 119 regelt die unmittelbare Abgabe von En. Im Falle des Irrtums ist der Erklärende zunächst gebunden, hat aber ein Anfechtungsrecht. Genau so ist es im Falle des § 120 bei der mittelbaren Abgabe von En. durch eine Mittelsperson. Auch hier wird die vom Mittler abgegebene E. dem Absender zunächst zugerechnet. Er trägt die Gefahr der Entstellung. Um aber zuletzt dem W. Geltung zu verschaffen, gibt das Gesetz wie dem Irrenden in § 119, so auch unstreitig beim Absendungsboten dem Absender im Falle der unrichtigen Übermittelung nach § 120 das Anfechtungsrecht, das zum Schutze des Erklärungsempfängers mit der Ersatzpflicht des negativen Vertragsinteresses aus § 122 belastet ist. Diese Rechtslage ist beim Empfangsboten dieselbe. Dem Geschäftsherrn wird die Tätigkeit „seines" Boten ebenfalls zugerechnet. Er ist in gleicher Weise an die E. gebunden, wie sie dem Boten übergeben worden ist. Bei unrichtiger Übermittelung ist er im Irrtum über den Inhalt der E., er hat eine andere Vorstellung von dem Inhalt der E., wie sie der Erklärende dem Boten übergeben hat. Er glaubt nämlich, daß die ihm zugegangene E. mit der dem Boten übergebenen übereinstimme. Freilich irrt er nicht über den Inhalt „seiner" E., aber das ist auch nicht der Grund des Anfechtungsrechts. Die Fassung des § 119 ist eine notwendige Folge davon, daß der Gesetzgeber von dem Normalfall ausgeht, in dem der Erklärende über „seine" E. irrt. Die Fassung des § 120 entspricht nicht der des § 119. Da im § 120 hinsichtlich der Anfechtung auf § 119 Bezug genommen ist, muß aus der Fassung des § 120 sogar gefolgert werden, daß in § 120 das Anfechtungsrecht nicht auf den Erklärenden beschränkt ist, da die Passivform benutzt ist: „Eine WE. . . . kann angefochten werden".

Mot. I, S. 127: Allg. Vorschriften über RHn. sind nicht aufgestellt, da es angemessener erschien, Einzelfälle besonders zu regeln und im übrigen die Anwendbarkeit der Normen für RGe. auf die RHn. „der Entscheidung der Wissenschaft anheim zu stellen".

Mot. I, S. 156: (Betr. Anwendung des § 130 auf En. unter Anwesenden). Die Einbeziehung dieser WEn. sei nicht erfolgt, da sich die Entscheidung der Regel nach „aus der Natur der Sache" ergebe.

Mot. I, S. 223: „Wie weit der Begriff der Übermittelung reicht, ob der Bote auch dann noch Bote bleibt, wenn ihm freigestellt ist, zwischen mehreren Willenskundgebungen des Erklärenden zu wählen oder auch wohl die Kundgebung zu unterlassen, mag unter Umständen zweifelhaft sein, „eignet sich aber nicht zur Entscheidung durch das Gesetz".

Würde die Wissenschaft sich an den Wortlaut des § 119 klammern, so würde sie die ihr vom Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe, das Recht fortzubilden, nicht erfüllen [350]).

Daß aber das Anfechtungsrecht für den Absender des EB. ein zwingendes Bedürfnis ist, ergibt sich aus den obigen Ausführungen. Darauf stützen letzten Endes Cohn [351]) und Titze [352]) ihre Lehre, weil sie es für unbillig halten, daß der Absender mangels des Anfechtungsrechts die Gefahr allein tragen soll. Sie ziehen es daher vor, Nichtigkeit eintreten zu lassen.

Zur Ergänzung diene folgendes Beispiel: A. benötigt eine Ware für den nächsten Tag. Er schickt seinen Boten B. mit einer Offerte an C. mit dem Auftrage, die Antwort sofort mitzubringen. C. nimmt an, B. bestellt Ablehnung. A. deckt sich anderweitig ein." Hier ist A. an den Kauf gebunden. Nach Sinn und Zweck der Bestimmungen über die Anfechtung muß auch dem A. das Anfechtungsrecht mit der Erstattungspflicht des Vertrauensschadens zugestanden werden.

In der Literatur wird auch das Anfechtungsrecht für den Absender des EB. mehrfach bejaht [353]). Nach Frankenburger [354]) ist der Empfänger einer durch eine Mittelsperson am Fernsprecher entgegengenommenen E. auch dann an die E. gebunden, wenn sie unrichtig wiedergegeben ist. Der Empfänger, für den die E. entgegengenommen wurde, ist jedoch zur Anfechtung berechtigt, „gerade so, wie wenn er selbst bei Abgabe der WE. in einem Irrtum befangen gewesen wäre, §§ 119, 120". Rehbein [355]) wendet bei unrichtiger Übermittelung durch den EB. den § 120 unmittelbar in vollem Umfange an. Sperber [356]), der den EB. grundsätzlich ablehnt, erwähnt, daß man bei dessen Annahme den § 120 für anwendbar erklären müsse, und er hebt ausdrücklich hervor, daß er im Gegensatz zu Cosack und Aßmann dies annehme. Jung [357]) behandelt zwar nicht unmittelbar die Anfechtungsfrage, hält aber die

350) Die Verteidigung von Cohn (S. 13) gegen die Ablehnung des EB. überhaupt trifft in den Grundgedanken auch für das Anfechtungsrecht des Absenders des EB. zu.

351) S. 64 ff.

352) Mißv. S. 298 ff.

353) Marcus Recht 1907, S. 46 läßt zwar für den EB. (Abs. 3) das gleiche gelten wie für den Absendungsboten (120, 119, 122), doch ist es nicht ohne Zweifel, ob er dem Offerenten bei Gebundenheit auch das Anfechtungsrecht zubilligt (Abs. 3).

354) DJZ. 1904, S. 848.

355) Kom. BGB. Bd. I, 1899, S. 251 a: „Der Auftraggeber hat das Geschäft so zu nehmen, wie es dem Übermittler angetragen ist, oder es anzufechten".

356) S. 24.

357) Arch. f. d. Ziv. Pr., Bd. 117, S. 78 Abs. 3, u. S. 79, Abs. 2.

Anfechtung, verbunden mit der Schadensersatzpflicht, für zulässig [358]).

Ist die Telegraphenanstalt EB., wenn der Absender auf Verlangen des Empfängers die Antwort telegraphisch übermittelt? Jacubetzky [359]) läßt die telegraphisch abgegebene E. auch dann die E. des Absenders sein, wenn dieser sich des Telegraphen nur deswegen bedient hat, weil der andere Teil telegraphische Antwort verlangt hatte. Es kommt auf den Sinn des Verlangens im einzelnen Fall an. In der Regel wird der Empfänger mit dem Verlangen nur ausdrücken wollen, daß er an seine Offerte lediglich für die Dauer der Übermittlung einer telegraphischen Antwort gebunden sein will [360]). In dem Beispiel von Jung [361]) ist die Telegraphenanstalt als EB. des Bankiers anzusehen; denn der Privatmann antwortet lediglich im Interesse des Empfängers. Er würde sicherlich die Antwort nicht telegraphisch gegeben haben, wenn er die Gefahr der Entstellung hätte übernehmen sollen. Zugleich widerlegt das Beispiel die Behauptung von Cohn [362]) und Titze [363]), daß der EB. im Interesse beider Parteien tätig werde. Jung versucht, dem Privatmann dadurch zu helfen, daß er in dem ausdrücklichen Ersuchen um drahtliche Antwort unter den gegebenen Umständen eine stillschweigende Übernahme der Gefahr erblickt. Dagegen läßt sich zwar nicht ohne weiteres einwenden, auch für die stillschweigende Gefahrübernahme sei ein Vertrag erforderlich, die Parteien hätten jedoch gar nicht daran gedacht; denn die En. sind nach § 157 dahin ergänzend auszulegen [364]). Aber dieses Umweges bedarf es gar nicht. Die Telegraphenanstalt ist EB. des Bankiers. Dieser muß das Aufgabetelegramm gegen sich gelten lassen. Die Verstümmelung geht den Privatmann nichts an. Da durch die Ablehnung des Antrages kein Vertrag zustandegekommen ist, so entfällt die Anfechtung.

---

358) Dagegen ist die Annahme von Titze (Mißv. S. 290 Anm. 6), Aßmann wende den § 120 auf den EB. an, nicht zutreffend (vgl. Aßmann S. 68).

359) Bemerkungen z. d. Entw. eines BGB. 1892, S. 28; vgl. Staudinger Kom. § 120, Anm. 3, S. 493.

360) Vgl. zu der Haftung bei telegraphischer Antwort auf Verlangen des Empfängers: Titze Mißv. S. 290, Anm. 6; Oertmann Kom. § 120, Zif. 8, S. 414.

361) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 117, S. 86, Anm. 3: Ein Bankier hat sich einem Privatmann, den er im Besitz von bestimmten Aktien weiß, mehrfach zum Verkauf der Aktien angeboten. Der Besitzer hat immer abgelehnt und schließlich gar nicht mehr geantwortet. Eines Tages fragt der Bankier wiederum an, und zwar mit dem Ersuchen um drahtliche Antwort. Der Privatmann lehnt ab. Die Antwort kommt aber, ins Gegenteil entstellt, an.

362) S. 55.

363) Mißv. S. 293.

364) Vgl. RGZ. Bd. 67 S. 431.

3) Die Anstalt.

Der § 120 erwähnt als Übermittlungsorgan weiter die „Anstalt". Darunter fällt nach der Entstehungsgeschichte vor allem die Telegraphenanstalt als häufigster Anwendungsfall. Auch die Fernsprechanstalt ist, soweit der Fernsprechverkehr im beschränkten Umfange von § 120 betroffen wird, hierhin zu zählen. Doch umfaßt § 120 unter Anstalt nicht nur die Anstalten im öffentlich-rechtlichen Sinne, sondern jedes Unternehmen, das sich mit der Beförderung von WEn. befaßt. Dazu gehören auch die in größeren Städten bestehenden Eilbotenanstalten. § 120 will alle die Fälle erfassen, in denen der Erklärende seine E. nicht einer bestimmten Person, sondern einer Anstalt i. w. S. anvertraut, die ihrerseits wieder eine oder mehrere Personen mit der Beförderung beauftragt [365]).

VI. Die Anfechtung und deren Folgen.

Wenn die Voraussetzungen der unrichtigen Übermittlung gegeben sind, dann ist der Absender der E. zunächst gebunden. Er kann aber die Gebundenheit in demselben Umfange wie in § 119 [366]) durch Anfechtung beseitigen [367]). Dadurch unterscheidet sich die Regelung im BGB. von dem gemeinen Recht, das nur die sofortige Nichtigkeit kannte. Noch der erste Entwurf (§ 98) vertrat ganz den römisch-rechtlichen Standpunkt und ließ Nichtigkeit bei wesentlichem Irrtum des Urhebers eintreten. Auch wurde der Grad der Entschuldbarkeit berücksichtigt. Nach § 99 Entw. I war die E. gültig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel. Diese Beschränkung ist in das BGB. nicht aufgenommen worden. Der Erklärende kann also anfechten, auch wenn durch sein Verschul-

365) Vgl. im übrigen Aßmann S. 86; Falkmann S. 21; Oertmann Kom. § 120, Zif. 4, S. 412; Schmalfuß S. 32, Zif. 3.

366) Über den Unterschied des Zwiespaltes zwischen W. u. E. in § 119 u. 120 s. Titze, Handw. d. RW. Bd. 3, „Irrtum" S. 373, Zif. 4.

367) Stillschweigende (konkludente) WEn. unterliegen ebenso wie die ausdrücklichen der Anfechtung; vgl. Staudinger Kom. vor § 116 II D. S. 454.

den die E. unrichtig übermittelt worden ist[368]). Enneccerus[369]) hält die Anfechtungsmöglichkeit auch bei grobem Verschulden für richtig; denn auch grobes Verschulden könne es nicht rechtfertigen, an nicht gewollte Geschäfte gebunden zu sein. Doch darf die Ausübung des Anfechtungsrechts nicht gegen Treu und Glauben verstoßen[370]). Wenn z. B. jemand mit einer schlechten Handschrift flüchtig ein Telegramm schreibt und es unterläßt, seine Anschrift für Rückfragen anzugeben, so kann es, auch im Hinblick auf die Ersatzpflicht aus § 122[371]), zweifelhaft sein, ob der Betreffende unter diesen Umständen zur Anfechtung berechtigt ist, weil dadurch das RG., auf dessen Gültigkeit sich der Empfänger bereits eingestellt hat, vernichtet wird. Grenzt die Fahrlässigkeit an Vorsatz, so ist zu prüfen, ob keine Mentalreservation vorliegt und der W. als geheimer Vorbehalt nach § 116 unbeachtlich ist.

Das Anfechtungsrecht ist in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Es ist nur gegeben, wenn der Absender die E. subjektiv bei Kenntnis der Sachlage und objektiv bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde[372]). Dem Zwiespalt zwischen W. und E. in § 119 entspricht in § 120 das Auseinandergehen der dem Boten oder der Anstalt übergebenen und der dem Empfänger übermittelten E.

Die Anfechtung erfolgt durch Abgabe einer einseitigen, form-[373]) und bedingungslosen[374]) E. gegenüber dem Anfechtungsgegner, (§ 143)[375]). Nicht notwendig ist, daß der Ausdruck „Anfechtung" gebraucht wird. Es genügt, wenn sich aus der E. der W. des Erklärenden ergibt, daß das RG. unwirksam sein soll[376]).

---

368) So allgemein: Cosack § 97 I 2 S. 240; Düringer Bd. 4 S. 136, Anm. 167: „Auch der größte Leichtsinn schließt dieses Recht nicht aus"; Franke S. 46; Jung BR. § 108 S. 724; Lehmann § 34 III 2 a, S. 238; Monich Anm. 97 S. 157; Rümelin S. 14 f.; Staudinger Kom. § 120, Zif. 6 S. 494; Sörgel Kom. § 120, Zif. 3, S. 111; RGZ. Bd. 62 S. 205.

369) § 157 II 2 Anm. 14, S. 523.

370) Wie es im schweizerischen Recht ausdrücklich bestimmt ist, Art. 25 Abs. 1: „Die Berufung auf den Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht."

371) Die Ersatzpflicht umfaßt nur das negative Vertragsinteresse, vgl. hierzu Titze Handw. d. RW. Bd. 3 S. 372, Zif. 3.

372) Vgl. Düringer Bd. 4, S. 134 ff. Anm. 166.

373) vgl. Düringer Bd. 4, S. 141, Anm. 174.

374) Düringer Bd. 4, S. 141, Anm. 175.

375) Lehmann § 27 II c S. 150.

376) RGZ. Bd. 65 S. 88.

Die Anfechtung braucht nicht „sofort", aber sie muß ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat (§ 121 Abs. 1)[377]. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung der Anfechtungserklärung (§ 121 Abs. 1 S. 2)[378]. Nach Ablauf von 30 Jahren nach Abgabe der WE. ist die Anfechtung ausgeschlossen, § 121 Abs. 2.

Durch die Anfechtung wird das RG. rückwirkend vernichtet, § 142. Darin zeigt sich das Wesen der Anfechtbarkeit als einer bedingten „Nichtigkeit". Das Gesetz verschafft durch die Anfechtung dem W. des Erklärenden Geltung. Zum Schutze des Gegners belastet es ihn aber gleichzeitig mit der Verpflichtung zum Schadensersatz. Die Behandlung der Streitfrage im gemeinen Recht, ob der Erklärende bei Nichtigkeit des RG. dem Gegner den eingetretenen Schaden auch „ohne Verschulden"[379] zu ersetzen habe, hat ergeben, daß in der Literatur die Frage in steigendem Maße bejaht wurde. Trotz des gegenteiligen Standpunktes des ersten Entwurfs (§ 97)[380] ist das deutsch-rechtliche Veranlassungsprinzip Gesetz geworden. Der Erklärende ist daher ersatzpflichtig, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, wie ihm umgekehrt das Anfechtungsrecht trotz Verschuldens zusteht.

Bezüglich der Höhe des Schadens geht das Gesetz von dem Gedanken aus, daß sich der Empfänger nach der Anfechtung nicht schlechter aber auch nicht besser stehen soll, als wenn ihm die E. überhaupt nicht zugegangen wäre. Der Erklärende hat daher den Vertrauensschaden, das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. den Schaden zu ersetzen, der durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstanden ist, der aber das Erfüllungsinteresse nicht überschreiten darf[381] (§ 122 Abs. 1)[382]. Das Interesse des Empfängers ist aber nur dann ein schutzwürdiges, wenn er unter Berücksichtigung aller Umstände (§§ 133/157) auf die Gültigkeit der E. vertrauen durfte. Deshalb ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen, wenn der

377) Über den Begriff der Unverzüglichkeit s. RGZ. Bd. 124, S. 118, DJZ. 1906, S. 884 „verspätete Anfechtung"; vgl. Düringer Bd. 4 S. 138 Anm. 169; Staudinger Kom. § 121 Zif. 3, S. 495.

378) Zur „Wirksamkeit" ist Zugang erforderlich, vgl. Staudinger Kom. § 121 Zif. 5, S. 496.

379) „Kein Verschulden in der Benutzung des Telegraphen" siehe oben S. 13 ff.

380) Vgl. Schiller S. 86.

381) Düringer Bd. 4, S. 146 Anm. 182.

382) Im schweizerischen Recht ist das negative Vertragsinteresse nicht durch das Erfüllungsinteresse beschränkt (Oser Obl. R. Art. 26, Bem. 14 S. 186). Art. 26 Abs. 2: „Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen".

Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte), § 122 Abs. 2 [383]).

VII. Die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen des BGB.

1) Die Haftung des Erklärenden.

Weitere Ansprüche werden durch § 122 nicht ausgeschlossen, wenn das Verhalten des Erklärenden nach sonstigen gesetzlichen Bestimmungen einen weitergehenden Anspruch rechtfertigt. Es kommen da die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen in Betracht. Durch die unrichtige Übermittelung wird das Vermögen als solches beschädigt, der Schaden fällt also nicht unter den Schutz des § 823 Abs. 1. Dagegen kann § 823 Abs. 2 gegeben sein, wenn der Erklärende in betrügerischer Absicht gehandelt hat (§ 263 StGB.) oder § 826, wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Auch § 831 kann in Frage kommen. Dies ist besonders bei vorsätzlich unrichtiger Übermittlung durch die Mittelsperson in Erwägung zu ziehen. Doch wird in vielen Fällen dem Absender der Exculpationsnachweis möglich sein. Handelt es sich bei der Übermittlung der WE. um die Erfüllung einer bestehenden Vertragsverbindlichkeit, so ist eine Haftung für den Boten nach § 278 möglich.

2) Die Haftung der Übermittlungsperson.

Die Haftung der Mittelsperson wird durch die §§ 120/122 nicht berührt [384]). Sie haftet dem Auftraggeber gegenüber nach dem im Innenverhältnis bestehenden Vertrage [385]).

383) Vgl. im übrigen zu § 122: Düringer Bd. 4 S. 142 Anm. 177; Enneccerus § 159 S. 529; Franke S. 154 ff.; Fraenkel S. 7 c; Lehmann § 34 III 2 b, S. 238; Manigk Handw. d. RW. Bd. 3, S. 300; Schmalfuß S. 57 ff.; Scholz in Ehrenbergs Handbuch des ges. HR. Bd. V Abs. 2 § 227 II 3 S. 805; Staudinger Kom. § 122 S. 497 ff.

384) Planck Kom. § 120 Zif. 5, S. 293; Sörgel § 120, Zif. 4; Staudinger § 120 Zif. 4, S. 493.

385) Planck Kom. § 120 Zif. 5, S. 293.

Gegenüber dem Empfänger kommt eine Haftung nur bei vorsätzlich unrichtiger Übermittlung in Betracht, und zwar nach §§ 823 Abs. 2, 826; bei fahrlässigem Handeln läßt sich eine Haftung des Boten nicht begründen. Er ist lediglich Übermittlungswerkzeug; für seine fahrlässigen Handlungen haftet sein Herr wie für eigene [386]). Handelt der Bote ohne Ermächtigung, sei es, daß die Botenmacht überhaupt fehlt, oder daß sie nichtig ist, oder überschreitet er sie, so richtet sich seine Haftung nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen [387]). Zu Unrecht wollen manche den falsus nuntius wie den falsus procurator nach § 179 haften lassen [388]). Bei den konkurrierenden Ansprüchen des Empfängers gegen den Absender und Boten ist er nicht, wie Franke meint [389]), gehalten, zunächst gegen den Absender vorzugehen. In Wirklichkeit wird er regelmäßig aus der praktischen Erwägung den Weg einschlagen, daß der Absender zahlungsfähiger ist als der Bote [390]).

3) Die Haftung der Anstalt.

a) Die Haftung der Reichspost für die unrichtige Übermittlung von Telegrammen und Gesprächen ist gesetzlich ausgeschlossen. Nach § 24 der Telegraphen-Ordnung [391]) übernimmt die Reichspost für den Telegraphendienst keine Gewähr und haftet für keinerlei Schäden, u. a. nicht für Schäden durch Unterlassung, Verzögerung oder sonstige Fehler bei der Annahme, Beförderung und Zustellung der Telegramme und durch Versehen bei der Aufnahme und bei der Zustellung von Telegrammen durch Fernsprecher oder Nebentelegraphen [392]). Für den Fernsprechdienst ist die Haftung durch die Fernsprechordnung [393]) ebenfalls ausgeschlossen. § 29 II Fsp.O. bestimmt u. a., daß die Reichspost nicht für Schäden haftet, die durch unrichtige, verzögerte oder unterbliebene Herstellung von Gesprächsverbindungen [394]), sowie durch Versehen bei der Vorbereitung von Gesprächen, bei der Weiter-

386) So Aßmann S. 117; Fleck S. 401; Fromm S. 90; Hupka (Haftung d. Vertr.) S. 109.

387) Lehmann § 36 I 1 a S. 265; Planck Kom. § 120, Zif. 5 S. 293; Staudinger Kom. Vorbem. vor § 164, Zif. 3, S. 676.

388) Falkmann S. 52; Sperber S. 59 ff.

389) S. 71 ff.

390) vgl. Kern S. 29.

391) Tel. O. v. 30. 6. 26, Postamtsblatt S. 447.

392) Fischer-Staedler S. 158 ff.

393) Fsp. O. v. 15. 2. 27, Postamtsblatt S. 65.

394) § 29 II f. Fsp. O.

gabe von Nachrichten, bei der Wahrnehmung des Unfallmeldedienstes und bei der Übermittlung von Telegrammen [395]) entstehen [396]). Dagegen findet auf Antrag eine Erstattung der Gebühren für Telegramme statt, die durch einen Vorgang im Telegraphenbetrieb nicht an ihre Bestimmung gelangt sind oder durch Verzögerung oder Entstellung ihren Zweck nicht haben erfüllen können [397]) [398]). Die Haftung für den Schaden, der durch unrichtige Übermittlung von Telegrammen und Fernsprechnachrichten entsteht, ist auch in anderen Ländern allgemein ausgeschlossen. Der Ausschluß der Haftung ist mit Rücksicht auf die Eigenart des Telegraphenbetriebes gerechtfertigt. Grundsatz ist größte Schnelligkeit, wenn der Zweck der telegraphischen Beförderung erreicht werden soll. Daß durch eine äußerlich geringfügige Entstellung großer Schaden entstehen kann, lehrt der Fall Weiler/Oppenheim. Es ist davon auszugehen, daß die Telegraphenverwaltung als öffentliche Anstalt bestrebt ist, Telegrammentstellungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Im Falle der Haftung für Entstellungen würden zahlreiche Prozesse entstehen, die Verwaltung würde Rückgriff gegen die Beamten nehmen und die drohende Ersatzverbindlichkeit würde lähmend auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Beförderung wirken. Scholz sagt mit Recht, daß jede Verschärfung der Haftung zum Verkehrshemmnis werde, insofern die Post sich veranlaßt sehen müße, zu ihrer Sicherung hemmende Maßnahmen zu ergreifen [399]).

b) Für den Beamten kann eine Haftung gegenüber dem Absender, dem Empfänger und der Verwaltung in Frage kommen. In den ersten beiden Fällen scheidet eine Haftung aus Vertrag aus. Es können daher nur die Bestimmungen aus unerlaubter Handlung zur Anwendung kommen. § 839 regelt die Haftung der Beamten [400]). Ob daneben die §§ 823 [401]), 826 in Betracht kommen, ist streitig, da § 839 als lex spezialis deren Anwendung ausschließt. Der eigenen Verwaltung gegen-

395) § 29 II g Fsp. O.

396) Fischer-Staedler S. 376 ff.

397) § 25 Tel. O.

398) Dem § 25 Tel. O. entsprach der § 21 Tel. O. v. 16. 6. 04. RGZ. Bd. 107 S. 276; § 21 Tel. O. bezieht sich auch auf eine doppelte Zufertigung eines Telegramms; RGZ. Bd. 108 S. 369; § 21 Tel. O. findet auch Anwendung, wenn ein Telegramm bei der Beförderung vom Postamt zum Telegraphenamt in Verlust geraten ist. Diese Zweifel sind durch § 24 d. Tel. O. v. 1926 beseitigt.

399) DJZ. 1906 S. 199.

400) Recht 1916 No. 1500: Haftung des Telegraphenbeamten anerkannt, der ein Telegramm doppelt beförderte und beim zweiten Male „1800" in „18 000" entstellte.

401) § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 355 StGB.: Amtsvergehen im Telegraphen- und Fernsprechdienst (Verfälschung u. Unterdrückung von Telegrammen).

über haftet der Beamte nach dem an seinem dienstlichen Wohnort geltenden Landesrecht [402]). Bei konkurrierendem Mitverschulden des Absenders oder Empfängers ist § 254 zu berücksichtigen [403]).

D. Rechtsvergleichung.

I. Das österreichische Recht.

1) Die gesetzliche Grundlage.

In Österreich gilt das „Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch" (ABGB.) vom 1. Juni 1811. Der bereits im Jahre 1912 vom Herrenhaus beschlossene Novellenentwurf konnte infolge des Krieges nicht mehr vom Abgeordneten-Haus verabschiedet werden. Er wurde mit einigen Abänderungen durch drei kaiserliche Notverordnungen [1]) als Teilnovellen zum Gesetz erhoben. Die Novellen haben zahlreiche Bestimmungen des ABGB. geändert, manche Paragraphen sind neu eingefügt, andere sind ohne Ersatz fortgelassen. Die sonst in den „Allg. Teil" gehörenden Rechtssätze, darunter auch die Regeln über den Irrtum, sind in der zweiten Abteilung des II. Teils enthalten [2]).

Vor der III. Teilnovelle gab es eine dem § 120 BGB. entsprechende gesetzliche Bestimmung nicht [3]). Man suchte

402) § 19 Reichsbeamtengesetz. Als Landesrecht gilt in Preußen, auch für Reichsbeamte, das Allgemeine Landrecht (§§ 88 bis 91 II, 10); vgl. Handwörterbuch des Postwesens S. 281.

403) S. im übrigen: Fraenkel S. 24 f., Schiller S. 100 f., Handwörterbuch des Postwesens S. 281 ff.

1) 3 Teilnovellen:
I. Teilnovelle vom 12. Oktober 1914 RGBl. Nr. 276,
II. „ „ 22. Juli 1915 RGBl. Nr. 208,
III. „ „ 19. März 1916; RGBl. Nr. 69. Bezgl. des Inkrafttretens der Bestimmungen dieser Novellen s. Schey S. 4 II.

2) Cohn, S. 199; Enneccerus § 26 a I, S. 66; Handw. d. RW. Bd. 4 „Öster. R." S. 286 ff.

3) Wlassak S. 74; Anm. 4.

die Fälle der unrichtigen Übermittlung unter den § 876 zu zwängen [4]). Doch bestand auch hier die Schwierigkeit, in der Verwendung einer Mittelsperson, insbesondere des Telegraphen, ein Verschulden zu erblicken. Die Entwicklung war die gleiche wie im übrigen Deutschland z. Zt. des gemeinen Rechts. Die von Savigny begründete Willenstheorie genügte den praktischen Bedürfnissen nicht. Es wurde neben der Erklärungstheorie auch die Regelung, wie sie im BGB. erfolgt ist, vertreten, daß nämlich der Erklärende bei einem wesentlichen Irrtum gegen Ersatz des Vertrauensschadens zur Anfechtung berechtigt sei. Der Erklärende haftet nicht „aus" der E., sondern „wegen" der E. [5]) [6]). Wlassak will den § 876 (alter Fassung) nach der Erklärungstheorie auslegen und hält diese Entscheidung auf dem Boden des ABGB. für richtig, aber den Anforderungen der Billigkeit nicht entsprechend [7]). Durch die III. Teilnovelle ist der letzte Halbsatz von § 876 mit § 871 [8]) zu der jetzigen Fassung des § 871 ABGB. vereinigt worden:

„War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen E. in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde."

Es wird dadurch die unrichtige Übermittlung dem Irrtum des Erklärenden über seine eigene E. gleichgestellt. Die Sonderregelung, wie sie § 120 trifft, fehlt hier. Cohn [9]) meint zwar, die Folgen der unrichtigen Übermittlung seien durch die III. Teilnovelle in einer dem deutschen Rechte entsprechenden

4) § 876 ABGB. (alter Fassung): „Wenn der versprechende Teil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrtum schuld ist, so besteht der Vertrag, es wäre denn, daß dem annehmenden Teile der obwaltende Irrtum offenbar aus den Umständen auffallen mußte".

5) Stubenrauch Bd. 2 § 876, Anm. 1.

6) Unger (Handeln auf eigene Gefahr, Jena 1891 S. 20) hält diese Regelung für richtig: „Sie genügt vollauf dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Bedürfnis des gutgläubigen Verkehrs".

7) S. 74.

8) § 871 ABGB. (alt. Fass.): „Wenn ein Teil von dem anderen durch falsche Angaben irregeführt worden, und der Irrtum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden, so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit"

9) S. 201.

Form geregelt, doch trifft das nur zum Teil zu, da das Anfechtungsrecht nach § 120 BGB. bedeutend weitergeht.

2) Die unrichtige Übermittlung nach § 871 ABGB.

a) § 871 spricht nur von „Erklärung". Nach der Neufassung des § 876 finden aber die Bestimmungen über En. auf „sonstige WEn." entsprechende Anwendung. Darin liegt ein Fortschritt in der gesetzlichen Regelung der Rhn.

Der Kampf zwischen der Willens- und Erklärungstheorie ist der gleiche wie im deutschen Recht [10]). Man sucht auch hier einen Mittelweg zwischen den beiden Extremen. „Die reine E-theorie ist nach geltendem österreichischen Recht nirgends praktisch geworden" [11]). Bei letztwilligen, unentgeltlichen und einseitig verbindlichen schuldrechtlichen Verfügungen gilt die W-theorie [12]). Für die Verkehrsgeschäfte findet die Vertrauenstheorie Anwendung: Das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand wird geschützt. Es kommt darauf an, was der Empfänger der E. billigerweise der E. entnehmen konnte [13]). Die Auslegung der RGe. regeln die §§ 913—916 ABGB. § 914 ist durch die III. Teilnovelle dem § 133 BGB. nachgebildet: „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht." Zugleich hat hiernach wie in § 157 BGB. die Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfolgen [14]).

b) § 871 unterscheidet zwischen dem Irrtum über den Inhalt der von dem Erklärenden selbst abgegebenen und der „dem anderen zugegangenen" E. Daraus folgert Cohn [15]) mit Unrecht, daß § 871 ABGB. nicht auf der Fiktion aufgebaut sei, die E. gelte als eine solche des Herrn. In § 120 BGB. ist die unrichtige Übermittlung als ein Sonderfall besonders herausgestellt, wird aber im übrigen dem Irrtum in § 119 BGB. gleichgestellt. § 871 ABGB. stellt ebenfalls die beiden Fälle

10) Vgl. über den Theorienstreit: Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15, S. 673 ff. (S. 684 Anm. 34).

11) Wolff S. 51.

12) Wolff S. 51.

13) Vgl. Wolff a. a. O.; Handw. d. RW. Bd. 4, „öster. R." S. 289.

14) Vgl. über die Auslegung der RG. Wolff S. 58 Zif. 7.

15) S. 205.

des Irrtums bei der unmittelbaren und mittelbaren Erklärungsabgabe auch äußerlich einander gleich. In § 119 BGB. ist der Erklärende über den Inhalt seiner E. im Irrtum, d. h. er hat eine unrichtige Vorstellung vom Erklärungswert. Bei der mittelbaren E. nimmt der Erklärende an, der Bote werde die E. mit dem aufgetragenen Inhalt richtig übermitteln. In Wirklichkeit aber hat er keine unrichtige Vorstellung von dem maßgeblichen Inhalt der E., wie er dem Empfänger zugegangen ist, befindet sich also über den Erklärungswert nicht im Irrtum, da ihm dieser z. Zt. der Abgabe der E. nicht bekannt ist, er mithin darüber keine Vorstellung also auch keine unrichtige haben kann. Infolgedessen genügte § 119 BGB. nicht, sondern es war die Regelung gemäß § 120 BGB. erforderlich. Aus dem Grunde ist auch in § 871 ABGB. der Irrtum über den Inhalt der dem anderen zugegangenen E. besonders hervorgehoben, obwohl er wie in § 120 BGB. streng genommen kein Irrtum im eigentlichen Sinne, d. h. keine unrichtige Vorstellung von dem Erklärungswert ist. Ein äußerlicher Unterschied besteht nur darin, daß im BGB. die unmittelbare E. in § 119, die mittelbare in § 120 geregelt ist, wogegen im ABGB. beide Fälle in § 871 vereinigt sind. Beide Irrtumsfälle aber sind dem Erklärenden in gleicher Weise zuzurechnen. Die Zurechnung ist mit der Frage der Vollendung, die Cohn weiterbehandelt [16]), nicht zu verquicken. Über die Gleichstellung des Irrtums in § 871 ABGB. sagt Wolff mit Recht: „Ob die E. bereits irrtümlich abgegeben wurde oder erst auf dem Wege zum Anerklärten verändert worden ist (verstümmelte Drahtnachricht, falsches mündliches Ausrichten durch einen Boten), ist gleichgültig" [17]). Wie für das BGB., so muß auch für das ABGB. die Annahme zurückgewiesen werden, bei unrichtiger Übermittlung durch einen Mittler liege Mißverständnis oder Dissens vor [18]). Mißverständnis ist nicht gegeben, da der Empfänger die E. richtig versteht und ihr keinen anderen Sinn beilegt, und Dissens nicht, da nur die von dem Mittler übergebene E. maßgebend ist, diese aber mit der dem Empfänger zugegangenen übereinstimmt. Gegen die Annahme von Dissens wendet sich schon Unger [19]) gegen Hasenöhrl, ebenso Wlassak [20]).

c) Als Übermittlungsorgan kommen ebenso wie nach BGB. der Bote, Dolmetscher, Konzipient und als Anstalt insbesondere die Telegraphen- und Fernsprechanstalten in Be-

16) S. 205.
17) Wolff S. 53, Zif. 5 II B.
18) So Wolff S. 63, b.
19) Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 684 Anm. 34.
20) S. 75 bzgl. der Anwendung des § 876 ABGB. (alt. Fass.).

tracht [21]). Besondere Bestimmungen über den Boten enthält das ABGB. auch nach den Teilnovellen nicht. Auch in der Literatur hat er bislang keine eingehende Behandlung erfahren [22]). Jedoch wird der Unterschied zwischen dem Boten, der lediglich Werkzeug zur Übermittelung ist, im Gegensatz zum Stellvertreter, der selbst den W. bildet, allgemein anerkannt [23]). Wolff [24]) drückt den Unterschied dahin aus, der Gehilfe schließe nicht selbst ab, sondern helfe nur zu fremdem Abschluß, er unterscheide sich von der Partei wie der Gehilfe im Strafrecht vom Täter. Der EB. wird ebenfalls erwähnt [25]).

d) Auch für die unrichtig übermittelte E. haftet der Erklärende. Das Übermittlungsorgan ist sein Werkzeug und dessen Tätigkeit ist ihm zuzurechnen. Unger [26]) sagt hierzu: „Wer eine E. abgibt, sei es in eigener Person oder durch eine Mittelsperson (Bote, Telegraph), hat diese E. auf eigene Gefahr zu geben, nicht auf Gefahr des gutgläubigen Erklärungsempfängers". Der Erklärende ist also an die entstellte E. wie an seine eigene gebunden. § 871 ABGB. regelt nur die Voraussetzungen, unter denen er durch Anfechtung von der Gebundenheit loskommen kann.

3) Die Voraussetzungen und Folgen der Anfechtung.

Die Anfechtung setzt voraus: Der Erklärende muß über den Inhalt der E. im Irrtum befangen sein [27]), der Irrtum muß ferner die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betreffen. Ein Irrtum über die Hauptsache liegt dann vor, wenn individuell bestimmte Sachen miteinander verwechselt werden oder wenn der Gegenstand zwar der Gattung und Menge nach bestimmt ist, der Irrtum aber gerade die Gattung selbst betrifft, wenn z. B. Roggen mit Weizen verwechselt wird. Dem Irrtum über die Hauptsache steht ein Irrtum über eine wesentliche Beschaffenheit, d. h. über eine solche Eigenschaft gleich, bei deren Mangel die Sache zu einer anderen Art

21) Wolff S. 77 I.

22) Cohn S. 201.

23) Ehrenzweig Bd. II 1. Hälfte § 313 S. 125; Stubenrauch Bd. 2 vor § 1002 II 1 u. Anm. 3 S. 217 ff.; dazu Cohn S. 201 u. Anm. 53 mit Literaturangabe.

24) S. 77 II.

25) Stubenrauch Bd. II § 862 I B 2b, S. 9; Cohn S. 202 B I u. Anm. 55.

26) Grünhuts Zeitschr. Bd. 15, S. 684.

27) Vgl. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. Bd. 35, S. 619; Stubenrauch Bd. II zu § 871 bis 873 I S. 27; Wolff S. 35 Zif. 6.

von Sachen gerechnet werden müßte. Ferner ist für die Anfechtung erforderlich, „daß die Absicht vorzüglich darauf gerichtet und erklärt war". Es kann nämlich durch besondere Vereinbarung der Parteien eine sonst unerhebliche Eigenschaft zu einer wesentlichen erhoben werden. Das besondere Übereinkommen ist einmal erforderlich, weil sonst ein Irrtum im Motiv vorläge, der rechtlich unerheblich ist, dann aber muß der W. auf die sonst unerhebliche Eigenschaft „erklärt" werden, weil „der bloße innere W. stets rechtlich bedeutungslos ist" [28]). Diesen einschränkenden Voraussetzungen der Anfechtung entspricht die Bestimmung in § 119 BGB. „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles [29]). Sodann setzt § 871 ABGB. für die Anfechtung voraus, „daß der Irrtum durch den anderen veranlaßt war oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde". Der Erklärungsempfänger hat keinen Anspruch auf Gültigkeit des RG., wenn er selbst den Irrtum des Erklärenden veranlaßt hat; ebenso nicht, wenn er aus den Umständen den Irrtum kannte oder er ihm z. B. aus der Höhe des Preises für einen unechten aber als echt angesehenen Schmuck auffallen mußte [30]). Das Vertrauen auf die Gültigkeit der E. wird beseitigt, wenn der Irrtum „noch rechtzeitig aufgeklärt wurde", d. h. wenn der Erklärende, bevor er tätig wurde, den wahren Sachverhalt erfuhr [31]).

Durch diese beschränkenden Umstände unterscheidet sich das Anfechtungsrecht im österreichischen Rechte wesentlich von dem im BGB. geregelten; denn diese Umstände, die dem § 122 Abs. 2 BGB. entsprechen, sind im österreichischen Rechte schon für die Anfechtung selbst erforderlich, während nach BGB. bei unrichtiger Übermittlung, abgesehen von unwesentlichen Entstellungen (§ 119 Abs. 1 BGB.), die Anfechtung ohne weiteres zulässig ist, und dadurch der Erklärende zunächst einmal von der Gebundenheit befreit wird. Erst im zweiten Akt, wenn es sich um die Ersatzfrage handelt, ist nach BGB. zu prüfen, ob der Empfänger den Irrtum kannte oder kennen mußte. Hiernach kann der Irrende nach BGB. in jedem Falle anfechten und braucht beim Vorliegen von § 122 Abs. 2 nicht einmal Schadensersatz zu leisten, wogegen nach ABGB. diese Umstände schon für die Anfechtung vorliegen müssen;

28) Wolff S. 50 Zif. 1.

29) vgl. Stubenrauch Bd. II zu §§ 871—873 II 1 u. 2, S. 27 ff.

30) Stubenrauch Bd. II § 876 Zif. 2 S. 32.

31) Vgl. Cohn S. 202; Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. Bd. 35, S. 639; Wolff S. 54 b; Handw. d. RW. Bd. IV „öster. R." S. 289 „res integra".

fehlen sie, dann ist die Anfechtung ausgeschlossen und der Irrende dauernd gebunden. Der Unterschied zeigt sich auch bei der Telegrammverstümmelung. Wenn dem Empfänger die Entstellung nicht auffallen mußte oder er nicht rechtzeitig aufgeklärt wurde, dann ist der Absender nach § 871 ABGB. gebunden, während er nach §§ 120/119 BGB. stets anfechten kann.

Wenn alle diese Voraussetzungen gegeben sind, dann „entsteht für den Irrenden keine Verbindlichkeit“ [32]). Man könnte dieser Ausdrucksweise die Bedeutung von „Nichtigkeit“ beilegen, doch entspricht sie der „Anfechtbarkeit“ des BGB. Der Irrende kann die Aufhebung des Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangen, und zwar entweder im Wege der Einrede [33]), wenn er auf Erfüllung des Vertrages belangt wird, oder im Wege der Klage, wenn er seinerseits bereits geleistet hat, oder im Wege der Feststellungsklage, wenn er noch nicht erfüllt hat. Dagegen steht es ihm frei, von diesem Recht keinen Gebrauch zu machen und den Vertrag dadurch aufrecht zu erhalten. Der Empfänger kann nicht anfechten, da er nicht im Irrtum ist [34]). Er kann sich auch nicht darüber beschweren, daß die E. so wie sie ihm übermittelt ist, bestehen bleibt.

Ihrem Wesen nach ist die Anfechtbarkeit wie nach BGB. eine Art „Nichtigkeit“, das RG. „relativ nichtig“ [35]). Das Anfechtungsrecht verjährt nach Ablauf von 3 Jahren, § 1487 ABGB. [36]).

Für den Fall der Anfechtung bestimmt § 877 ABGB.: „Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vorteile erhalten hat“. Das ist eine natürliche Folge der Anfechtung; denn die Leistungen sind unter der Voraussetzung der Gültigkeit des RG. erfolgt, durch die Anfechtung fällt der rechtliche Grund fort und der Anfechtende ist zur Rückgabe verpflichtet, § 1435 ABGB. Ist die Rückgabe in Natur nicht möglich, dann ist Ersatz in Geld zu leisten [37]). Eine Schadensersatzpflicht wie in § 122 BGB. kennt das österreichische Recht nicht. Der

32) Wolff S. 54b: Im Bereich des Vertrauensgrundsatzes macht der wesentliche Irrtum das RG. nur „ungültig“.

33) Handw. d. RW. Bd. 4 „öster. R.“ S. 290.

34) Vgl. Stubenrauch Bd. II, zu §§ 871—873 III, S. 30; Wolff S. 68 III 3.

35) Vgl. Stubenrauch a. a. O.; Manigk Handw. d. RW. Bd. 6, S. 295; Wlassak S. 73; Wolff S. 65, Zif. 2.

36) Stubenrauch § 1487 II 6 S. 953 ff. u. § 877 Zif. 1, S. 33; Wlassak S. 74; Wolff S. 68 III. 3.

37) Vgl. Stubenrauch Bd. II § 877 Zif. 2 S. 33.

Grund liegt in der beschränkten Anfechtungsmöglichkeit. Sie ist nur unter den erwähnten Voraussetzungen gegeben, daß der Erklärungsempfänger den Irrtum veranlaßt hat, daß ihm der Irrtum auffallen mußte, oder daß er rechtzeitig über den Irrtum aufgeklärt wurde. In diesen Fällen hat der Empfänger kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Gültigkeit der E. und nach der Anfechtung keinen Anspruch auf Schadensersatz wie nach Maßgabe von § 122 Abs. 2 BGB.

4) Sonstige Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen des Mittlers.

Die weitere Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen der Mittelspersonen regelt § 1315 ABGB.: „Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheit bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt". Es wird zwischen untüchtigen und gefährlichen Personen unterschieden. Die Haftung für den Untüchtigen ist Erfolgshaftung, die Haftung für den Gefährlichen bloße Schuldhaftung. Diese merkwürdige Unterscheidung, da der Untüchtige meist gefährlich und der Gefährliche als solcher zugleich untüchtig ist, erklärt Ehrenzweig [38]) geschichtlich aus der falschen Auslegung des § 1315 (alt. Fass.) durch die Rechtssprechung, um eine strengere Haftung des Geschäftsherrn herauszulesen. Die Unterscheidung läßt sich durch den tieferliegenden Grund rechtfertigen, daß zwischen dem Schaden, den der Angestellte durch die dienstliche Verrichtung einem anderen zufügt, und dem Schaden, den er bei Gelegenheit der Verrichtung anstiftet, unterschieden wird [39]).

5) Die Haftung der öffentlichen Anstalten und ihrer Beamten.

Gemäß § 1317 ABGB. bestimmen die besonderen Vorschriften, inwiefern bei öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen wird.

Als besondere Vorschriften für die Post- und Telegraphenanstalt kommen in Betracht:

38) Bd. II 1. Hälfte § 406 II 1 S. 623.

39) Vgl. Cohn S. 203; Ehrenzweig a. a. O. 623 ff.; Stubenrauch Bd. II § 1315 S. 673 ff.; Wolff S. 129 Zif. 3.

Das Postgesetz vom 5. November 1837, I. G. S. No. 240. Auf Grund dieses Gesetzes wurde die Postordnung vom 17. November 1926 B. G. Bl. No. 329/1926 erlassen. Das Telegraphengesetz vom 18. Juli 1924, B. G. Bl. No. 263, die Telegraphenordnung vom 17. Dezember 1905, B. G. Bl. No. 64, (Neuauflage 1927) und die Fernsprechordnung vom 17. Dezember 1931, B. G. Bl. No. 383. Nach diesen Bestimmungen ist die Haftung der Post- und Telegraphenanstalt gegenüber den allgemeinen Bestimmungen über Schadenersatz erheblich eingeschränkt. Für Telegramme besteht — abgesehen von der etwaigen gänzlichen oder teilweisen Gebührenrückzahlung — keinerlei Haftung, insbesondere nicht für die nachteiligen Folgen einer Verzögerung oder Verstümmelung. Ausgeschlossen ist auch die Haftung für den mittelbaren Schaden und entgangenen Gewinn. Soweit hiernach ein Anspruch überhaupt besteht, ist er zunächst im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. In erster Instanz entscheidet die Post- und Telegraphendirektion. Dagegen ist die Berufung an die oberste Postbehörde, das Bundesministerium für Handel und Verkehr zulässig. Erst wenn die Berufung zurückgewiesen ist, kann der Anspruch im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden [40]).

Die Beamten und Angestellten haften für den in ihrem Amte oder Dienste durch ein Verschulden (insbesondere durch die Übertretung oder Vernachlässigung ihrer Dienstvorschriften) verursachten Schaden nur ihrer Dienstbehörde gegenüber. Sie können nach dem Hofdekrete vom 14. März 1806 I. G. S. No. 758, „ihrer Amtshandlungen wegen bei dem Zivilgericht niemals belangt werden“ [41]). Alle Forderungen der Verwaltung an ihre Angestellten aus dem Dienstverhältnisse sind im Verwaltungswege auszutragen. Die Gerichtsbehörden sind [42]) verpflichtet, auf Grund der verwaltungsbehördlichen Erkenntnisse die Zwangsvollstreckung zu bewilligen. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleibt dadurch unberührt [43]).

Die Haftung des Staates für seine Organe ist neu geregelt. Das Bundesverfassungsgesetz in der Fassung der

40) Vgl. Ehrenzweig Bd. II 1. Hälfte § 408 II S. 633 ff.; Stubenrauch § 1317 S. 675 ff.

41) Ehrenzweig Bd. II 1. Hälfte S. 629 unten.

42) Auf Grund der A. H. Entsch. v. 28. 11. 1852, V. Bl. No. 100 (Dienstordnung, §§ 90—96, 98).

43) Vgl. Ehrenzweig Bd. II 1. Hälfte § 408 S. 629 ff.; Stubenrauch § 1341 S. 736 ff.; die Angaben über die gesetzlichen Haftungsbestimmungen nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung und über die Haftung der Beamten beruhen zum Teil auf einer Mitteilung der Postdirektion in Wien, P. D. Z. 70 397/1932.

II. Novelle vom 7. Dezember 1929, B. G. Bl. No. 392, bestimmt in Art. 23:

(1) Der Bund, die Länder, die Bezirke oder die Gemeinden haften, soweit sie nicht als Träger von Privatrechten in Betracht kommen, für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen einem Dritten dadurch verursachen, daß sie die Rechte, die dem Dritten der Gebietskörperschaft gegenüber zustehen, in rechtswidriger Besorgung ihrer Aufgaben vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzen. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

(2) Soweit die im Abs. 1 bezeichneten Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten in Betracht kommen, haften sie für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen verursachen, nach den Bestimmungen des Zivilrechtes.

(3) Personen, die als Organe einer im Abs. 1 bezeichneten Gebietskörperschaft handeln, sind ihr nach bundesgesetzlicher Regelung für den Schaden haftbar, den sie in Ausübung ihrer Tätigkeit der Gebietskörperschaft unmittelbar zugefügt haben oder für den die Gebietskörperschaft dritten Personen gegenüber Ersatz geleistet hat.

(4) Inwieweit auf dem Gebiet des Post-, Telegraphen- und Fernsprechwesens von den in den Absätzen 1 bis 3 festgelegten Grundsätzen abweichende Sonderbestimmungen gelten, regeln die nach den Absätzen 1 und 3 ergehenden bundesgesetzlichen Vorschriften [44]).

II. Das schweizerische Recht.

1. Die gesetzliche Grundlage.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB.) vom 10. Dezember 1907 ist am 1. Januar 1912 in Kraft getreten. Dadurch wurde eine Neufassung des Obligationenrechts (OR.) vom 14. Juni 1881 erforderlich; es wurde als 5. Teil dem ZGB. angefügt [45]). Trotzdem bewahrt es eine gewisse Selbständig-

44) Die betreffenden Ausführungsgesetze zu diesem Bundesverfassungsgesetz sind bisher nicht erlassen worden.

45) Sein offizieller Titel lautet: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen ZGB. (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.

keit, die in der selbständigen Artikelzählung zum Ausdruck kommt [46]). Das OR. versieht auch die Stelle des „Allgemeinen Teiles" des ZGB. [47]).

Dem § 120 BGB. entspricht Art. 27 OR.:

„Wird beim Vertragsabschluß Antrag oder Annahme durch einen Boten oder auf andere Weise unrichtig übermittelt, so finden die Vorschriften über den Irrtum entsprechende Anwendung."

Er wurde erst durch den Nationalrat in den revidierten Entwurf aufgenommen [48]).

2. Die unrichtige Übermittlung nach Art. 27 OR.

a) Art. 27 OR. steht im ersten Abschnitt des 1. Titels, der die Entstehung der Obligationen durch Vertrag behandelt. Doch finden die allg. Bestimmungen des Obligationenrechts nach Art. 7 ZGB. auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse, mithin auch auf einseitige Rechtsgeschäfte. Gegenstand der Übermittlung sind ebenso wie in § 120 BGB. „WEn."; denn Antrag und Annahme sind WEn., die zusammen den Vertrag bilden [49]). Das OR. gebraucht nicht das Wort „WE.", sondern den allgemeineren Ausdruck „Willensäußerung" [50]). Im Gegensatz zum BGB. (§ 116 ff.) enthält das OR. keine allgemeinen Bestimmungen über die WE. [51]). Nur über die Art und Weise der Kundgebung sagt Art. 1 Abs. 2 OR., daß die Willensäußerung eine ausdrückliche oder stillschweigende sein kann. Die Lehre von der WE., wie überhaupt das schweizerische Recht zeigt eine starke Verbundenheit mit dem deutschen Recht. Beim Erklärungswerte unterscheidet man ebenfalls zwischen verkörperten (schriftlichen) und nicht verkörperten (mündlichen), zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden (konkludenten) und zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen WEn. [52]). Auf der subjektiven Seite wird der Handlungswille, der Kundgebungswille (EW.) und der Geschäftswille unterschieden [53]). Der Streit

46) Vgl. Enneccerus § 26a II S. 67; Handw. d. RW. Bd. 5 „Schweizer Recht" S. 396 ff. (400); Oser OR. Allg. Einleitung Bem. 13.

47) Oser a. a. O. Bem. 15.

48) Oser OR. Art. 27, Bem. 1.

49) Vgl. Cohn S. 185; Jacobsohn S. 52.

50) v. Tuhr OR. § 21 I 1 Anm. 8 S. 136.

51) Baur S. 2.

52) Vgl. Funk Handkom. d. OR. Art. 1, Anm. 4; v. Tuhr OR. § 21 S. 138 ff.

53) Rappold S. 18; Henrici S. 182 ff.; v. Tuhr OR. § 121 S. 136 ff.

zwischen der Willens- und Erklärungstheorie ist der gleiche wie im deutschen Recht[54]). In der Erkenntnis, daß beide, streng durchgeführt, zu unbilligen Ergebnissen führen, vertritt die herrschende Meinung im Schrifttum wie auch die Rechtsprechung eine Mittelmeinung, „Vertrauenstheorie" genannt[55]). Die Behandlung des Rechtsfolgewillens ist verschieden. Gysin[56]) behauptet, die Lehre sei unhaltbar, daß zum begrifflichen Tatbestand des RG. eine auf Rechtsfolgen gerichtete Geschäftsabsicht erforderlich sei. Die gegenteilige Ansicht vertritt Rappold[57]): „Soll eine Willensäußerung juristische Willensäußerung sein, so muß die Absicht auf Rechtsfolgen lauten". Bezüglich der Auslegung[58]) finden wir dieselben Grundsätze wie im deutschen Recht. Es ist nicht nur der objektive Erklärungswert, sondern auch der erkannte W. des Gegners zu berücksichtigen[59]). „Die Auslegung muß stets der Anwendung der Irrtumsnormen vorausgehen"[60]). Der mangelhafte Vertrag (= § 119 BGB.) hat provisorische Geltung[61]). Der W. hat negative, die E. positive Funktion[62]).

b) Die theoretische Konstruktion der unrichtigen Übermittlung ist im OR. die gleiche wie im BGB. Maßgebend ist die E., wie sie dem Empfänger zugekommen ist und nicht, wie sie der Erklärende dem Boten übergeben hat[63]).

Die Übermittlungsorgane sind dieselben wie im BGB. Das sind vor allem der Bote, ferner der Dolmetscher, der Schreibgehilfe, Makler sowie die Telegraphen- und Fernsprechanstalten[64]). Der Bote als ein Werkzeug zur Übermittlung einer fremden E. wird in gleicher Weise vom Stellvertreter, der selbständig bei der Willensbildung mitwirkt, unter-

---

54) Vgl. Gaudy S. 10 ff.; Henrici S. 17 ff.; Kron S. 13 IV; Rittmeyer S. 15 ff.; v. Tuhr § 36, S. 250 ff.

55) Gaudy S. 12 ff.; Henrici S. 28 ff., 172 ff., 211 ff., (Entsch. d. Bundesgerichtes: B. G. E. 33 S. 386, 34 S. 528); Kron S. 1 f., 12 ff.; Oser Kom. OR. Art. 1 Bem. 51, S. 36

56) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Z. B. J. V.) 1929 S. 107 ff.

57) S. 16.

58) v. Tuhr OR. § 34, S. 240 ff.

59) Kron S. 17: „Hat der Empfänger allgemein den W. des Erklärenden erfassen können und müssen, so räumt jeder erkennbare wirkliche Sinn der E. deren objektiven Sinn bei Seite".

60) Henrici S. 195.

61) Kron S. 12.

62) Henrici S. 26.

63) Vgl. Baur S. 61; Henrici S. 216; Oser Art. 27, Bem. 1 S. 187.

64) Vgl. Fick Art. 27 Zif. 4 S. 72; Funk Art. 32, Anm. 1; v. Heß S. 31; Oser Art. 27, Bem. 2 S. 187; v. Tuhr OR. § 41, S. 284.

schieden [65]). Maßgebend ist für die Unterscheidung der Mittelsperson die Art und Weise, wie sie auftritt [66]). Bote kann auch ein Geschäftsunfähiger sein. Es genügt die tatsächliche Fähigkeit zur Übermittlung der E. [67]).

Die herrschende Meinung im schweizerischen Recht erkennt das Bestehen des EB. an [68]) [69]). Wir finden im schweizerischen Recht unsere bei der Behandlung des EB. nach BGB. vertretene Ansicht bestätigt: „Die E. des Dritten ist wirksam, sobald sie an den EB. abgegeben ist, und mit dem Inhalt, mit welchem sie ihm gegenüber gemacht ist" [70]). Für die durch Boten übermittelten mündlichen En. gilt ebenfalls die Empfangstheorie [71]). Vor allem aber werden die Bestimmungen für den Absendungsboten in gleicher Weise auf den EB. angewandt: „Die Irrtumsgrundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn der Adressat einer WE. diese durch Boten abholen läßt. Hier trägt aber der Empfänger die Folgen der unrichtigen Übermittlung" [72]). „Die Übermittlung kann aktiv oder passiv sein, je nach dem sich der Absender zum Überbringen oder der Empfänger zur Entgegennahme der E. eines Boten bedient. Im ersten Fall trägt der Absender, im zweiten Fall der Empfänger die Folgen der unrichtigen Übermittlung" [73]). Dies ist umsomehr zu beachten, als Art. 27 OR. dem § 120 entnommen und daher jüngeres Recht ist [74]). Der etwaige Einwand, im deutschen Recht sei die Anwendung des § 120 auf den EB. nicht möglich, weil im Gegensatz zum schweizerischen Recht der § 119 nur dem „Erklärenden" das Anfechtungsrecht gebe, ist unbegründet, weil auch nach Art. 23 OR. der Vertrag für denjenigen, der sich beim Abschluß des Vertrages in einem Irrtum befunden hat, also für den „Erklärenden" unverbindlich ist. Auch Oser spricht beim Absendungsboten [75]) vom „Erklärenden", der durch seine Aushilfe, durch die „verlängerte" Erklärungshandlung als Urheber verantwortlich gemacht werde, ferner von dem sich der Mittelsperson Bedienenden,

65) v. Heß S. 30 ff.; Oser Vorbem. zu Art. 32—40, Bem. 7 S. 218; v. Tuhr OR. § 41, S. 284; ferner Goldschmid über die Entwicklung des Boten- und Stellvertreterbegriffs im römischen und gemeinen Recht, S. 14 ff.

66) Funk Art. 32 Anm. 1.

67) v. Heß S. 31; Oser Vorbem. zu Art. 32—40 Bem. 9 S. 220; v. Tuhr a. a. O.

68) Cohn S. 187 B. I u. Anm. 2 mit Literaturangabe.

69) Über die EB.-Ermächtigung im Fernsprechverkehr s. Baur S. 69 ff.

70) v. Tuhr OR. § 41, S. 285 u. Anm. 23; Cohn S. 190

71) Baur S. 37.

72) Oser Art. 27 Bem. 7 S. 189: „Das über den Absendungsboten Gesagte ist entsprechend (für den EB.) zu modifizieren".

73) Funk Art. 27 Anm. 1.

74) Oser Art. 27 Bem. 1 S. 187.

75) Art. 27 Bem. 3 u. 4.

der die Handlungen des Mittlers wie die von ihm selbst unmittelbar abgegebenen En. anfechten könne. Bei gleicher gesetzlicher Regelung findet daher, wie im OR. der Art. 27, so im BGB. der § 120 auch auf den EB. Anwendung.

c) Die Übermittlung ist dann unrichtig, wenn sie nicht dem entspricht, was der Urheber der WE. gewollt hat [76]). Die Unrichtigkeit der Übermittlung wird ebenfalls in objektiver und subjektiver Hinsicht unterschieden.

Die Mittelsperson ist Werkzeug des Erklärenden. Ihre Handlungen sind daher diesem zuzurechnen. Es gilt alles das als E. des Absenders, was auf seine Veranlassung zur Wahrnehmung des Empfängers kommt [77]). Oser [78]) setzt für die Anwendung des Art. 27 OR. voraus, daß dem Übermittlungsorgan eine „rechtsgeschäftliche" E. aufgegeben war. Dagegen rechnet v. Tuhr [79]) die unrichtig übermittelte E. dem Urheber auch dann zu, wenn sie erst durch die Entstellung einen rechtsgeschäftlichen Inhalt erhalten hat.

Der Grund der Entstellung ist unerheblich. Eine unrichtige Übermittlung liegt auch dann vor, wenn die Mitteilung inhaltlich ganz anders ausgerichtet, wenn der Sinn gänzlich entstellt wurde [80]).

Bei vorsätzlich unrichtiger Übermittlung rechnet die Rechtssprechung des Bundesgerichts [81]) und ein Teil der Literatur [82]) die übermittelte E. dem Absender nicht mehr zu, da der Erklärende für eine absichtliche Entstellung der E. nicht einzustehen habe; hier höre die Funktion als Willenswerkzeug auf und die Mittelsperson gebe eine eigene E. ab. Die gegenteilige Ansicht vertritt v. Tuhr [83]): „Es kommt nicht darauf an, ob der Fehler durch Zufall, Fahrlässigkeit oder bösen W. der übermittelnden Person entstanden ist" [84]).

3. Die Folgen der unrichtigen Übermittlung.

Im Falle der unrichtigen Übermittlung ist der Erklärende wie auch im österreichischen und deutschen Rechte zunächst

76) Oser Art. 27 Bem. 6 S. 188.
77) v. Tuhr OR. § 21 112, S. 138.
78) Art. 27 OR. Bem. 6 S. 189.
79) a. a. O.
80) Oser Art. 27 Bem. 6; v. Tuhr a. a. O.
81) B. G. E. 34 S. 527 ff.
82) Oser OR. Art. 27 Bem. 6; Funk OR. Art. 27 Anm. 1.
83) OR. § 21 II 2 S. 138.
84) v. Tuhr, § 37 IV u. Anm. 30 S. 256, bringt den „Briefboten" nicht unter Art. 27 OR.

an die E. gebunden [85]). Es finden nach Art. 27 OR. die Vorschriften über den Irrtum entsprechende Anwendung; das sind die Art. 23—26 OR.

Art. 23 OR. lautet: „Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluß in einem wesentlichen [86]) Irrtum [87]) befunden hat". Ein unwesentlicher Irrtum ist daher wie nach § 119 Abs. 1 BGB. unerheblich. Art. 24 [88]) führt einzelne Fälle auf, in denen der Irrtum ein wesentlicher ist oder wo eine besondere Regelung erfolgt ist; so ist der Irrtum im Motiv als nicht wesentlich bezeichnet (Abs. 2). Bloße Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrages nicht, sind aber zu berichtigen (Abs. 3) [89]). Die Folge des Irrtums ist, daß der Vertrag für den Irrenden unverbindlich ist. Die Unverbindlichkeit besteht auch dann, wie im BGB. die Anfechtbarkeit, wenn der Irrtum durch den Irrenden selbst verschuldet ist [90]). Eine merkwürdige Erscheinung ist diese Unverbindlichkeit. Sie ist keine Anfechtbarkeit wie im BGB.; denn bei der Revision des OR. wurde ein Antrag auf Einführung der Anfechtbarkeit abgelehnt [91]). Auch keine vollständige Nichtigkeit [92]) kann es sein, denn sonst könnte der Vertrag nicht durch Stillschweigen Gültigkeit erlangen, Art. 31 OR. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich

85) Vgl. Kron S. 12 ff. über die Vertrauenstheorie.

86) Funk Art. 23 Anm. 1: „Wesentlich ist der Irrtum, wenn angenommen werden darf, der Erklärende hätte seine E. nicht abgegeben, wenn er sich der wahren Bedeutung derselben bewußt gewesen wäre".

87) Funk Art. 24 Anm. 3: „Irrtum ist eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung, von der der Irrende vollständig überzeugt ist".

88) Art. 24 OR.: Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher:

1) wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat,

2) wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache oder, wo der Vertrag mit Rücksicht auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde, auf eine andere Person gerichtet war, als er erklärt hat,

3) wenn der Irrende eine Leistung von erheblich größerem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war,

4) wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.

Bezieht sich dagegen der Irrtum nur auf dem Beweggrund zum Vertragsabschluß, so ist er nicht wesentlich.

Bloße Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrages nicht, sind aber zu berichtigen.

89) Über Begriff und Wesen des Irrtums s.: Oser Art. 23 Bem. 1—3 und die Bemerkungen zu Art. 24; Rappold S. 26 ff.; Rittmeyer S. 92 ff.; v. Tuhr OR. § 37, S. 252 ff.

90) Baur S. 61; Oser Art. 23 Bem. 5; v. Tuhr OR. § 37 II S. 253.

91) Jacobsohn S. 55; Kron S. 43.

92) Kron S. 41.

um eine „Art der Nichtigkeit". v. Tuhr betrachtete früher die Unverbindlichkeit als Anfechtbarkeit. Er behält jetzt zwar die Bezeichnung bei, aber in einem anderen Sinne als im BGB.[93]). Die Unverbindlichkeit braucht nicht von Amts wegen berücksichtigt zu werden[94]). Diese Tatsache wird damit begründet, daß die Berücksichtigung von Amts wegen kein ausnahmsloses Merkmal der Nichtigkeit sei. Auch im Eherecht müsse die Nichtigkeit der Ehe besonders geltend gemacht werden, art 120 ff. ZGB. Man könne daher diese Besonderheit nicht als wesentlich für den Begriff der Nichtigkeit ansehen[95]). Die Unverbindlichkeit besteht nur für den Irrenden, nicht für den Vertragsgegner[96]).

Der Vertrag kann nachträglich durch Genehmigung und Zeitablauf gültig werden[97]). Der Vertrag gilt als genehmigt[98]), wenn der Irrende weder dem andern eröffnet, daß er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert[99]). Die „Eröffnung", im uneigentlichen Sinne Anfechtung genannt[100]) erfolgt durch eine formlose, empfangsbedürftige E.[101]), aus welcher der W. hervorgehen muß, den Vertrag nicht zu halten. Die Anfechtung braucht nicht wie im BGB. unverzüglich, sondern binnen Jahresfrist seit der Entdeckung des Irrtums zu erfolgen, Art. 31 OR.[102]). Diese lange Zeit wird als unbillig empfunden, weil der Irrende in der Lage ist, auf Kosten des Vertragsgegners während des Jahres zu spekulieren. Deshalb will man dem Gegner das Recht einräumen, den Irrenden zur umgehenden E. aufzufordern, widrigenfalls stillschweigende Genehmigung angenommen werde. Das Gesetz bietet aber nirgends eine solche Abkürzungsmöglichkeit[103]). Doch kommt hier bei Unbilligkeit Art. 25 OR. aus-

---

93) Oser Art. 31 Bem. 3 S. 205; v. Tuhr OR. § 39, S. 272.

94) Funk OR. Art. 31 Anm. 1: „Der Richter hat die Unverbindlichkeit nur dann zu berücksichtigen, wenn sich der Irrende darauf beruft (Einrede)".

95) Jacobsohn S. 53; Oser Art. 31 Bem. 4 u. 8.

96) Über das Wesen der Unverbindlichkeit vgl.: Henrici S. 156 ff.; Jacobsohn S. 35 ff.; Kron S. 39 ff. (Eigenart der „einseitigen Unverbindlichkeit" aus der Entwicklungsgeschichte des OR., S. 42 ff.) Oser Art. 31 Zif. 3 S. 205 ff.; v. Tuhr OR. § 39 S. 272 ff.

97) v. Tuhr a. a. O.

98) Funk Art. 31 Anm. 7: „Die Genehmigung ist formlos und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen".

99) Funk Art. 31 Anm. 3: „In der Rückforderung liegt eine stillschweigende Anfechtung".

100) Oser Art. 31 Bem. 14.

101) Funk Art. 31 Anm. 2.

102) Vgl. Fick Art. 23, Anm. 6; Kron S. 39 u. Anm. 1; Oser Art. 31 III S. 210 ff.; Rennefahrt Art. 23 Anm. 2, 31 Anm. 4; v. Tuhr OR. § 39 III S. 274 ff.

103) Oser a. a. O.

gleichend zur Anwendung, wonach die Berufung auf den Irrtum unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht.

Art. 26 OR.[104]) verpflichtet den Anfechtenden zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, aber nur, wenn der Irrtum auf seiner „eigenen Fahrlässigkeit“[105]) beruht. Dadurch unterscheidet sich das schweizerische Recht wesentlich vom deutschen, das den Anfechtenden schlechthin zum Ersatz des Schadens verpflichtet, § 122 BGB. Da in der Benutzung des Telegraphen kein Verschulden liegt, so hat bei Telegrammverstümmelungen der Empfänger den Schaden zu tragen. v. Tuhr hält dies für offensichtlich unbillig bis zur Unerträglichkeit[106]). Er nimmt eine Gesetzeslücke an, die nach Art. 1 ZGB. im Sinne einer absoluten Haftung des Telegraphierenden auszufüllen sei[107]). Oser setzt die Fahrlässigkeit des Telegraphenbeamten der des Absenders gleich. Nach ihm hat der Urheber der WE. das Verschulden der Mittelspersonen in gleicher Weise zu vertreten wie das eigene[108]). Der Beweis des Verschuldens des Irrenden gehört zum Klagefundament[109]). Doch wird es mit dem Beweis der Fahrlässigkeit des Irrtums nicht zu schwer genommen[110]). „Es genügt, daß für den Irrenden überhaupt die Möglichkeit bestanden hätte, sich genauer zu orientieren und so den Irrtum zu vermeiden“[111]). Auch bietet hier Art. 25 OR. die Möglichkeit, Härten auszugleichen[112]). Abs. 2 des Artikel 25 enthält

104) Art. 26: „Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten läßt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, daß der Andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.

Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen.“

105) Rabel, Zeitschr. f. Schweizerisches Recht 1908 S. 306, führt zu dem Art. 23 OR. (Alt. Fass., der dem jetzigen Artikel 26 entspricht) aus, man stehe dort, (Fall Weiller/Oppenheim, Fahrlässigkeit in der Benutzung des Telegraphen) wo Jhering bei der Begründung der ganzen Lehre gestanden habe.

106) Zeitschr. f. Schweizerisches Recht 1922, S. 270: „Und wenn einmal der typische Fall (die unrichtige Übermittlung) zur Entscheidung kommt, wird es Aufgabe des Bundesgerichts sein, den widerspenstigen Paragraphen durch Druck und Stoß und heftige Auslegungskunst zurecht zu renken“.

107) v. Tuhr OR. § 37 VI S. 263.

108) Oser Art. 27 Bem. 7, S. 188; dagegen v. Tuhr Zeitschr. f. Schweizerisches Recht 1922 S. 270 Anm. 17.

109) Funk Art. 26, Anm. 1; Oser Art. 26 Bem. 13, S. 186.

110) Funk Art. 27 Anm. 2: „Dem Absender ist schon eine geringfügige Nachlässigkeit anzurechnen.“

111) Oser Art. 26 Bem. 8 S. 184 unter Bezugnahme auf Tobler in Schweiz. Jur. Z. 8, S. 366.

112) Oser Art. 25 Bem. 1 S. 181: „Diese Vorschrift ist durch die Kommission des Nationalrates vorgeschlagen worden. Sie soll die durch Geltendmachung des Irrtums möglicherweise schwerverletzten Interessen des Gegenkontrahenten wahren“.

die Besonderheit, daß der Irrende den Vertrag gelten lassen muß, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt [113]). Der Umfang des Schadens, den der Anfechtende zu ersetzen hat, entspricht dem negativen Vertragsinteresse [114]), doch beschränkt er sich nicht auf das Erfüllungsinteresse [115]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Gegner des Irrenden den Irrtum gekannt hat oder hätte erkennen sollen, Art. 26 OR. Abs. 1. Nach Abs. 2 des Art. 26 kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht auf Ersatz weiteren Schadens erkennen, also dem Gegner das Erfüllungsinteresse ganz oder zum Teil zusprechen [116]).

Ein Vergleich zwischen dem österreichischen, schweizerischen und deutschen Recht ergibt, daß das österreichische Recht die Anfechtung nur in beschränktem Umfange zuläßt, eine Ersatzpflicht des Schadens nicht kennt und dadurch in der Hauptsache den Erklärenden den Schaden tragen läßt, daß andererseits das schweizerische Recht zwar in weitem Umfange die Anfechtung gestattet, dem Anfechtenden aber nur bei Verursachung des Irrtums durch eigene Fahrlässigkeit die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens auferlegt [117]) und dadurch den Irrenden zu sehr begünstigt. Das BGB. geht den goldenen Mittelweg. Es gibt dem Irrenden ein weitgehendes Anfechtungsrecht (§§ 120/119), belastet aber gleichzeitig den Anfechtenden zum Schutze des Gegners mit der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Irrende durch eigenes Verschulden im Irrtum befindet oder nicht (§ 122). Dadurch werden in weitgehendem Maße die beiderseitigen Interessen ausgeglichen.

4. Die Haftung der Anstalten und Beamten.

Die Haftpflicht der Schweizerischen Telegraphenverwaltung [118]) regeln die Art. 35 und 36 des schweizerischen Bundesgesetzes betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr vom 14. Oktober 1922.

---

113) Näheres s.: Baur S. 65; Henrici S. 217 ff.; Kron S. 63 ff.; Oser Art. 26 S. 183 ff.; v. Tuhr OR. § 37 VI S. 261 ff.

114) Vgl. Baur S. 61; Marcusen Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins 1890 S. 121 ff.; Funk Art. 26 Anm. 2.

115) Oser Art. 26 Bem. 14 S. 186.

116) Vgl. Funk Art. 26 Anm. 4; Henrici S. 151 ff.; Kron S. 73 ff.; Oser Art. 26 Bem. 15; v. Tuhr OR. § 37 VI S. 262.

117) v. Tuhr Zeitschr. f. Schweizerisches Recht 1922, S. 270: „Das Schweizerische Recht ist auf halbem Wege stehen geblieben."

118) Vgl. Meili S. 65 ff., 151 ff. für das gemeine Recht.

Nach diesen Artikeln [119]) ist die Haftung für die Verstümmelung von Telegrammen in gleicher Weise wie im deutschen Rechte ausgeschlossen [120]) [121]). Wiederkehr [122]) hält die Ausschließung der Haftung für gerechtfertigt, da eine auch noch so beschränkte Haftpflicht auf die Schnelligkeit und Billigkeit nicht ohne Rückwirkung bleiben könne. Wenn auch die Schadensersatzforderungen im Einzelfalle noch so berechtig seien, so sei doch immer daran festzuhalten, daß das öffentliche Interesse, welches die Aufrechterhaltung des Anstaltsbetriebes dringend erheische, demjenigen des einzelnen Benutzers vorzugehen habe.

Für öffentliche Beamte und Angestellte, die in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen widerrechtlichen Schaden verursachen, gelten grundsätzlich die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen, Art. 41 ff. OR. Der Bund und die Kantone können nach Art. 61 OR. für die Haftung der öffentlichen Beamten und Angestellten auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen [123]).

Mit Ausnahme der Entschädigung von 50 Frs. für die unrichtige Übermittlung eines eingeschriebenen Telegramms nach Art. 36 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. 10. 22 steht

---

119) Art. 35: „Die Hapftpflicht der Telegraphenverwaltung aus dem Telegraphen- und Telephonverkehr bleibt auf den in diesem Gesetz umschriebenen Umfang beschränkt.

Mit Ablauf eines Jahres verjähren alle Haftpflichtansprüche gegen die Telegraphenverwaltung aus dem Telegraphen- und Telephonverkehr."

Art. 36: „Die Telegraphenverwaltung übernimmt keine Gewähr für die richtige Beförderung telegraphischer Nachrichten oder für deren Übermittlung innerhalb einer bestimmten Frist.

Der Absender eines eingeschriebenen Telegramms, das nicht an Bestimmung gelangte oder dem Empfänger später zugestellt wurde, als ein gleichzeitig aufgegebener Brief, oder das wegen fehlerhafter Übermittlung seinen Zweck nicht erfüllte, hat Anspruch auf eine feste Entschädigung von 50 Frs. Vorbehalten bleiben die Fälle höherer Gewalt.

Bei Verlust, Verstümmelung oder Verspätung eines Telegramms zahlt die Telegraphenverwaltung unter den durch Verordnung festgesetzten Voraussetzungen die erhobenen Telegrammtaxen und -gebühren zurück. Der Rückforderungsanspruch erlischt, wenn er nicht binnen drei Monaten vom Tage der Aufgabe des Telegramms an geltend gemacht wird".

120) Oser Art. 61 Bem. 8 bis 11 S. 421 ff.; Schütz u. a. S. 30 ff.; v. Tuhr OR. § 37 VI S. 263; Wiederkehr S. 104 ff.

121) Über den Regreß des Staates gegen den fehlbaren Beamten s. Schütz S. 73 ff.

122) S. 107.

123) v. Tuhr OR. § 46 IV S. 337 ff.; Funk Anm. zu Art. 61; Bzgl. der Bestimmungen über die Anstalten und Beamten ist auch eine Mitteilung der Generaldirektion der Post- und Telegraphenverwaltung in Bern 887. 12. 2. vom 29. VI. 32 berücksichtigt.

dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch nur gegenüber dem fehlbaren Beamten zu, wobei sich das Verfahren nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 (Art. 4, 7 u. 43) richtet. Danach hat der Kläger beim Bundesrat um die Verfolgungsermächtigung nachzusuchen. Verweigert der Bundesrat seine Zustimmung, so kann der Kläger den Beamten trotzdem belangen, sofern er vorerst für die mutmaßlichen Prozeßkosten eine vom Bundesgericht zu bestimmende Kaution geleistet hat. Die Schadensersatzklage selbst muß am ordentlichen kantonalen Gerichtsstand des beklagten Beamten eingereicht und beurteilt werden [124]).

124) Vgl. auch Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, veröffentlicht im schweiz. Bundesblatt No. 34 von 1924, S. 108 ff., Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927, Art. 29; sowie Fritz Fleiner, schweiz. Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 273, 511 ff.; Meili S. 87 ff.; Oser Art. 61 Bem. 1—7 u. 12; Wiederkehr S. 108 ff.

LEBENSLAUF.

Am 9. Juni 1894 wurde ich zu Hohenheide bei Fröndenberg (Ruhr) geboren. Nach dem Besuch der Rektoratschule in Menden (Kr. Iserlohn) und des Gymnasiums in Werl trat ich nach Erlangung der Obersekundareife im Jahre 1912 in den mittleren Postdienst ein. Während des Krieges war ich vier Jahre lang im Felde. Nach der Rückkehr aus dem Felde nahm ich meine Tätigkeit bei der Post wieder auf, legte in den Jahren 1920 und 1922 zwei Post-Fachprüfungen ab und bereitete mich sodann gleichzeitig auf den Abschluß meiner gymnasialen Studien vor. Ostern 1923 bestand ich am Städtischen Gymnasium in Dortmund als Externer die Reifeprüfung und erreichte im Jahre 1924 meine Versetzung nach Münster (Westf.), wo ich an der Universität studierte. Im Juli 1929 legte ich am Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung ab. Zwecks Vollendung des juristischen Studiums sah ich mich dann veranlaßt, meine Stellung als Postinspektor aufzugeben und den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar anzutreten, den ich im Sommer 1931 unterbrach, um an der Universität Marburg zu studieren. Dort erhielt ich von Herrn Prof. Geh. Justizrat Dr. Alfred Manigk während der Teilnahme an seinem Seminar die Anregung zu der vorliegenden Arbeit. Für die Anregung und Förderung der Arbeit möchte ich auch an dieser Stelle dem Herrn Geheimrat Manigk meinen Dank aussprechen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 23. November 1932.